

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

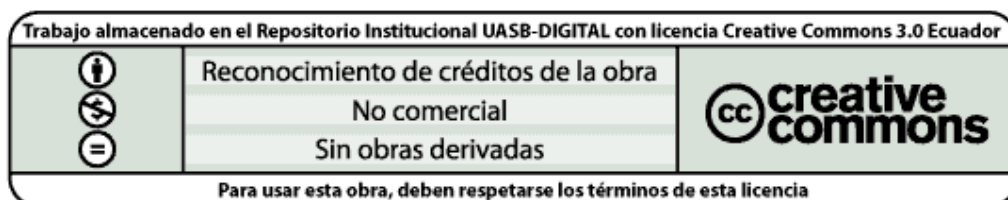
Programa de Maestría en Derecho

Mención Derecho Administrativo

El principio de interdicción de la arbitrariedad, en la
emisión de actos administrativos de la Administración
Pública, a la luz de la Constitución de la República 2008.

Jaime Andrés Villacreses Valle

2015



CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, Jaime Andrés Villacreses Valle, autor de la tesis intitulada *El principio de interdicción de la arbitrariedad, en la emisión de actos administrativos de la Administración Pública, a la luz de la Constitución de la República 2008* mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho, mención Derecho Administrativo en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 13 de marzo de 2015.

Firma:

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho

Mención Derecho Administrativo

El principio de interdicción de la arbitrariedad, en la
emisión de actos administrativos de la Administración
Pública, a la luz de la Constitución de la República 2008.

Jaime Andrés Villacreses Valle

2015

Tutor: Marco Morales Tobar

Quito

Resumen

La presente investigación académica procura demostrar que el principio jurídico de interdicción de la arbitrariedad, está contenido implícitamente en la Constitución de la República vigente en el Ecuador, misma que es de directa e inmediata aplicación por las autoridades de la Administración Pública, al momento de emitir actos administrativos.

Para ello, en el primer capítulo se presenta un estudio inicial sobre el principio de interdicción de la arbitrariedad referido, su definición, historia, referencia normativa y jurisprudencial. Posteriormente, se estudia al nuevo marco constitucional ecuatoriano, así como la vinculación que existe entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional conforme la nueva Ley Suprema. Se aborda el tema de las potestades y competencias como medio que permite la actuación de las autoridades públicas, y también se estudia al instrumento que sirve para expresar la voluntad de la Administración Pública, me refiero, al acto administrativo.

En un segundo capítulo, se enfatiza y explora a los derechos y garantías constitucionales que en el Ecuador contribuyen a que exista la prohibición de la arbitrariedad en la emisión de actos administrativos, me refiero a la motivación, legalidad actual, juridicidad, respeto al debido proceso y tutela judicial efectiva.

Por último en el tercer capítulo, el bagaje teórico expuesto será aplicado en el estudio de la arbitrariedad con temas como el desvío de poder, la discrecionalidad, la razonabilidad y sobre todo como el tema central de este trabajo de investigación que es la prohibición constitucional de arbitrariedad en la emisión de actos administrativos.

Al final, se anotan las conclusiones generadas como resultado de la investigación jurídica realizada.

Dedicatoria:

A mis padres Jaime Rodrigo Villacreses Villafuerte y Mónica Marlene Valle Toro, y a mi hermano Santiago Felipe Villacreses Valle, por todo su cariño y apoyo a lo largo de
toda mi vida.

A toda mi familia paterna y materna en reconocimiento la unión y amor familiar.

Agradecimientos:

A la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador (UASB-SE) por haberme permitido ser parte de sus prestigiosos programas de estudios.

A todo el equipo docente de Área de Derecho Administrativo de la UASB-SE, con quienes pude compartir tanto de la Especialización Superior, en la Maestría y en eventos académicos, por haberme transmitido sus importantes conocimientos.

Al Dr. Marco Morales Tobar, Dr. Juan Carlos Benalcázar Guerrón (ex profesor de la universidad), Dr. Patricio Secaira Durango, Dr. José Suing Nagua y Dra. María del Carmen Jácome que a más de docentes y guías en el estudio del Derecho Administrativo, los considero como amigos, con incommensurable consideración y estima. Gracias por todo su apoyo y dedicación.

Un agradecimiento especial y afectuoso al Dr. Marco Morales Tobar, a su esposa Wilma Andrade, sus hijos Marco Antonio Morales Andrade y Pablo Andrés Morales Andrade por haberme permitido formar parte del estudio jurídico Morales&Asociados, experiencia que aportó en mi profundo interés por el estudio del Derecho Administrativo.

Al Dr. César Montaña Galarza, Dr. Juan Carlos Mogrovejo y a la Dra. Eddy de la Guerra, quienes de una u otra forma contribuyeron con su apoyo y recomendaciones académicas en mis estudios en la UASB-SE.

Al Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Juez Nacional de la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Nacional de Justicia, con quien actualmente tengo el honor de trabajar en su despacho; trabajo que me ha permitido ampliar y aplicar mis conocimientos en el Derecho Administrativo.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	8
 CAPÍTULO I: EL PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD Y LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ECUADOR.....	10
1.1. Definición del Principio de Interdicción de la Arbitrariedad	10
1.2. El nuevo marco constitucional ecuatoriano	15
1.3. La vinculación del Derecho Administrativo con el Derecho Constitucional en el Ecuador	24
1.4. Potestades públicas.....	27
1.5. Manifestación de la voluntad de la Administración Pública a través del acto administrativo	32
 CAPÍTULO II: DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES PARA COMBATIR LA ARBITRARIEDAD EN LA EMISIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS	39
2.1. Motivación.....	39
2.2. Legalidad y evolución a la Juridicidad.....	44
2.3. Respeto al debido proceso	51
2.4. Tutela judicial efectiva	56
2.4.1. Control judicial de actos administrativos	59
2.4.2. Control judicial de sentencias	64
 CAPÍTULO III: ARBITRARIEDAD, DESVÍO DE PODER, DISCRECIONALIDAD, RAZONABILIDAD Y PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL.....	69
3.1. Arbitrariedad y desvío de poder.....	69
3.2. Arbitrariedad y discrecionalidad.....	76
3.3. La prohibición constitucional de la arbitrariedad en la emisión de actos administrativos de la Administración Pública en el derecho ecuatoriano.....	80
3.4. La razonabilidad en la emisión de actos administrativos como fundamento de la prohibición de la arbitrariedad administrativa.....	84
CONCLUSIONES.....	89
BIBLIOGRAFÍA	94

Introducción

Históricamente se ha usado al poder público para imponerse a los ciudadanos sin ningún tipo de límite, ejerciendo el poder de manera despótica y antojadiza de las autoridades. Esto se ha ido corrigiendo, con una racionalización, distribución y control del poder, sometiendo a la Administración Pública y a las autoridades que la conforman a la Constitución, a las leyes y al Derecho en su conjunto. En este punto, quiero hacer especial alusión al papel del Derecho Administrativo, como dique de contención del poder incontrolado, del poder irracional, del poder que se sale de los cánones de la moderación y la templanza en cuyo marco se debe desarrollar la actuación administrativa pública.

Las autoridades públicas actúan a través de un sistema de potestades públicas y competencias otorgadas en el ordenamiento jurídico de un Estado; esas potestades y competencias, otorgan la facultad de tomar decisiones que se plasman en actos administrativos por medio de los cuales pueden crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas individuales de forma directa¹ de los administrados. Pero el poder de autoridad pública del cual están investidas las autoridades públicas, puede generar abuso o desvío del mismo, generando así arbitrariedad.

El Ecuador el 20 de octubre de 2008 puso en vigencia una nueva Constitución, misma que cambió el sistema jurídico convirtiendo al país en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, el cual se rige por varias normas y principios, que contiene derechos y garantías que limitan el poder público en las actuaciones de las autoridades públicas. Es decir, se cumpliría con el punto en común que tienen el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo en aras de proteger los derechos de los

¹ Conforme consta en el artículo 65 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.

ciudadanos. Esto es, prohibiendo el ejercicio arbitrario de ese poder en la emisión de actos administrativos.

Cuando se trata de la actividad de la Administración Pública debemos saber que dicha actividad está sometida al principio de juridicidad, ya que ninguna actividad de la Administración Pública escapa de la observación y respeto del derecho vigente. En la vinculación de la actividad administrativa pública y la juridicidad, es donde está presente, como instrumento principal, el principio de interdicción de la arbitrariedad que se pretende estudiar en este trabajo de investigación.

En este sentido, el planteamiento de este trabajo académico, es buscar si en el conjunto de preceptos constitucionales de nuestra Ley Fundamental, que entró en vigencia en el año 2008 (entre ellos la motivación, legalidad actual juridicidad, debido proceso, tutela judicial efectiva), está contenido implícitamente el principio de interdicción de la arbitrariedad, mismo que sirve para controlar los actos administrativos arbitrarios de la Administración Pública.

Capítulo I

1. El principio de interdicción de la arbitrariedad y la actuación administrativa en el Ecuador.

1.1 Definición del Principio de Interdicción de la Arbitrariedad.

Como se mencionó en la introducción, históricamente la sociedad ha pasado por un proceso de racionalización del poder, comenzando por la imposición de los ideales con el uso de la fuerza y la violencia. Así, en la época de la monarquía², las normas eran dictadas por el monarca, lo cual dio origen al aforismo de Ulpiano en el Digesto *quod principi placuit, legis habet vigorem*, que quiere decir: *lo que place al príncipe, tiene fuerza de ley*. Este, es un principio de la monarquía absoluta, que define a la ley como el mero deseo del monarca.³

Las actuaciones del monarca no tenían límites jurídicos en el ejercicio del poder; es decir, se usaba al poder público para imponerse a los súbditos o a los ciudadanos de manera despótica, antojadiza y arbitraria, hasta el punto de actuar, incluso, en contra de la lógica y la razón⁴.

² Rodrigo Borja en su *Enciclopedia de la Política* enseña que “la monarquía es la forma de gobierno en que se ejerce el poder de modo ilimitado, vitalicio y jurídicamente irresponsable y en que el gobernante, que lleva el título de rey o monarca, llega a su posición de mando por la vía hereditaria, es decir, en conformidad con las leyes que rigen la sucesión de la Corona entre los miembros de la dinastía.”. (Rodrigo Borja, *Enciclopedia de la Política, Tomo II* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2012), 1335.

³ Noé Bustamante Bustamante, *Locuciones Latinas en Materia Jurídica* (Bloomington: Palibrio, 2012), 586.

⁴ En base a la afirmación de Tomás Ramón Fernández de que “Arbitrario es, también y sobre todo, lo contrario a la razón, que constituye el límite último de todo poder...”. Cita de: Tomás Ramón Fernández, *De la Arbitrariedad de la Administración, Quinta edición* (Pamplona: Editorial Aranzadi S.A., 2008), 150 y 151.

A partir del acaecimiento de las revoluciones americana en el año de 1765 y francesa⁵ en el año de 1789, a finales del siglo XVIII, se empieza a limitar el poder de las autoridades públicas y ya no bastaba con su sola voluntad para tomar una decisión, ya que se empieza a instaurar el peso de la ley sobre sus decisiones.

Con los hechos hasta aquí expuestos, conocidos como el *proceso histórico de racionalización del poder*, empieza el nacimiento del Estado de Derecho donde toda autoridad pública está sometida al marco jurídico establecido y dentro de este, *el principio de interdicción de la arbitrariedad* del que versa este trabajo académico.

Por arbitrariedad según la Real Academia Española entendemos a todo “Acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho.”⁶.

Sabemos que la Constitución es la norma fundamental que da origen a todo Estado de Derecho; y, a efectos de realizar la investigación propuesta, usaremos como referencia a la Constitución Española de 1978 vigente hasta la actualidad, pionera en incluir en su texto al principio de interdicción de la arbitrariedad, ya que en el numeral 3 de su artículo 9 dispone:

La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

⁵ Esto lo respalda también García de Enterría Y Tomás Ramón Fernández cuando apuntan que “El Derecho Administrativo surgió como manifestación de las concepciones jurídicas de la Revolución francesa y como una reacción directa contra las técnicas de gobierno del absolutismo. (...) el sistema absolutista era visto como la expresión de la más pura arbitrariedad”. Cita de: Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I, Notas de Agustín Gordillo*, 1era. Edición Argentina (Buenos Aires: Civitas Ediciones S. L., La Ley S.A.E e I., 2006), 440.

⁶ Definición según la Real Academia Española. (<http://lema.rae.es/drae/?val=ARBITRARIEDAD>).

Como podemos ver los principios contenidos en la norma constitucional española citada, tienden a limitar el ejercicio del poder de las autoridades públicas, mismas que tienen que fundamentar su actuación en la ley, respetando los derechos de las personas, con el fin de evitar que se den actuaciones arbitrarias y se lesione los derechos de los ciudadanos.

El principio de interdicción de la arbitrariedad, conforme ilustra la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, que ha estudiado a profundidad el mismo, fue concebido por el jurista alemán Leibholz en el año de 1928, pretendiendo ponderar el respeto del principio de igualdad por la legislatura. Conforme lo dicho, el principio de interdicción de la arbitrariedad, prohíbe toda forma de arbitrariedad, esto es, toda diferencia carente de una razón suficiente y justa.⁷

Posteriormente conforme lo explica la jurisprudencia citada anteriormente y Eduardo García de Enterría, junto a Tomás Ramón Fernández⁸, el principio de interdicción de la arbitrariedad fue retomado por la doctrina española, de manera especial por el profesor García de Enterría a finales de la década de los cincuenta, por el año 1958, con un alcance más extenso al propuesto por el alemán Leibholz, circunscrito al principio de igualdad. Por ello es que con este sentido amplio, el principio referido fue incluido en la Constitución Española de 1978, como consecuencia de una enmienda presentada en el Senado por el Prof. L. Martín-Retortillo, quien se inspiró en el trabajo de García de Enterría.

Lo que se buscaba con esta enmienda es que el principio de interdicción de arbitrariedad sirva como una técnica o mecanismo más de control o fiscalización de los poderes públicos inherente al Estado de Derecho y “dejar en claro que *hay <<un*

⁷ Resolución No. 2007-11155 de 1 de agosto de 2007, dentro del expediente No. 05-6979-0007-CO, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

⁸ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *ob. cit.*, 485.

margen de apreciación más allá del cual es preciso no ceder>>, porque el Estado de Derecho (...) impone siempre mantener la guardia levantada para impedir la arbitrariedad>>”⁹ (La cursiva me pertenece); con lo cual quedó atrás el criterio del alemán Leibholz, ya que la arbitrariedad no estaba solo en los escenarios de desigualdad ante la ley. La “arbitrariedad es sinónimo de injusticia ostensible y la injusticia no se limita a la discriminación. La actuación arbitraria es la contraria a la justicia, a la razón o las leyes, que obedece al mero capricho o voluntad del agente público.”¹⁰.

Revisando el ordenamiento jurídico ecuatoriano, encontramos al Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública publicado mediante Registro Oficial No. 686 de 18 de octubre del 2002, mismo que contiene normas que, conforme a su artículo 1, “se aplicarán a *todo acto administrativo* que emane de la Administración Pública Central e Institucional de la Función Ejecutiva”. (La cursiva me pertenece).

Este cuerpo normativo, contiene el principio de interdicción de la arbitrariedad en su artículo 6, que en sus términos manda:

El control a realizar deberá ser ejercido a través del principio de interdicción de la arbitrariedad, que incluye el más genérico de razonabilidad, que son los que se presentan como más idóneos para la tarea a realizar. No es suficiente que la motivación se constituya sobre premisas, sino que éstas deben ser verdaderas. (La cursiva me pertenece).

De la norma citada, entendemos que la violación o irrespeto al principio de interdicción de la arbitrariedad en la emisión de actos administrativos es declarado por la justicia administrativa, que realiza el control de la legalidad de los mismos conforme analizaremos posteriormente.

⁹ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *ob. cit.*, 485.

¹⁰ Resolución No. 2007-11155 de 1 de agosto de 2007, dentro del expediente No. 05-6979-0007-CO, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

El catedrático David Blanquer enseña que:

(...) hay arbitrariedad cuando la Administración actúa de forma despótica o tiránica y hay un abuso de poder. También hay arbitrariedad cuando la decisión es absurda, ilógica o caprichosa; cuando el acto se dicta por pura y desnuda intuición, y no hay un fundamento objetivo, racional y razonable que legitime y justifique la decisión adoptada.¹¹

Del argumento expuesto colegimos que los actos administrativos arbitrarios serían objetables jurídicamente y por consiguiente también injustos. Es decir, al ser puestos a control de legalidad ante la justicia administrativa, deberían ser declarados nulos por ser contrarios a Derecho como lo respalda el profesor Blanquer.¹²

Para Tomás Ramón Fernández el principio de interdicción de la arbitrariedad, consagrado en la Constitución Española, tiene en ésta un doble significado. El primero como una visión genérica, señala que en una visión antigua se concibe a la arbitrariedad solo como lo contrario a la justicia y al derecho; y que la prohibición constitucional española, juega un papel de cierre del sistema de la fórmula “Ley y Derecho” y que ésta debe tener un apoyo en preceptos constitucionales. El otro enfoque que señala el referido autor, es que lo arbitrario que está constitucionalmente prohibido es aquello que carente de fundamentación objetiva, incongruente o contradictorio con la realidad o las consideraciones que sirven de base a toda decisión. En fin, desprendido de la razón.¹³

La interdicción de la arbitrariedad significa la prohibición y limitación que tiene la Administración Pública y los órganos que la conforman, de actuar conforme la mera voluntad de sus autoridades, sin sujetarse a lo que disponen las normas, en las que la autoridad debe sustentar la emisión de su voluntad.

¹¹ David Blanquer, *Derecho Administrativo* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010), 1308.

¹² David Blanquer, *ob. cit.*, 1308.

¹³ Tomás Ramón Fernández, *De la Arbitrariedad de la Administración* (Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2008), 152.

No se puede concebir la existencia de un Estado de Derecho, en el cual no estén sujetas las actuaciones de las autoridades públicas al imperio del Derecho, o a lo que Marco Morales define como principio de juridicidad.¹⁴ De no ser así, estaríamos ante actos de autoridad arbitrarios, carentes de fundamento y argumentación jurídica; situación propia de la tiranía.¹⁵

El principio de interdicción de la arbitrariedad, es un principio que se basa en el clamor histórico del pueblo de limitar el poder público para que este no sea abusivo e ilimitado, atropellando muchas veces sus derechos. La función de este principio, es la defensa de los administrados contra el abuso del poder público, poniendo fin al despotismo y haciendo que prime el imperio de la ley en cualquier decisión administrativa.

Podemos terminar mencionado que “la prohibición de la arbitrariedad lo que condena es la falta de sustento o fundamento jurídico objetivo de una conducta administrativa y, por consiguiente, la infracción del orden material de los principios y valores propios del Estado de Derecho.”¹⁶

1.2 El nuevo marco constitucional ecuatoriano.

Conforme lo señala la doctrina “*hasta la Constitución de 1998 el Ecuador se regía bajo la concepción ideológica de un Estado liberal de derecho, en su fase de Estado social, vale decir, en el que el poder público actuaba conforme a la ley, desapareciendo*

¹⁴ Marco Morales Tobar, *Manual de Derecho Procesal Administrativo* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011, 9, 10 y 11; Marco Morales Tobar, *Acción de Habeas Data en Viabilidad de las Garantías Jurisdiccionales*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012, ps. 197 y 198.

¹⁵ *Diccionario Jurídico Espasa* (Madrid: Fundación Tomás Moro, 2006), 843 y 844.

¹⁶ Resolución No. 2007-11155 de 1 de agosto de 2007, dentro del expediente No. 05-6979-0007-CO, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

la voluntad del gobernante como manifestación y sede de la soberanía y, en su lugar, se entronizó un gobierno de la ley (...).”¹⁷. (La cursiva me pertenece).

De lo expuesto, se infiere que hasta la vigencia de Constitución referida, existía una concepción de un Estado totalmente legalista, era la época del “reino de la ley”, en el cual toda autoridad pública tenía como su fuente principal de sujeción la ley.

Si bien las Constituciones vigentes hasta ese entonces, contenían elementos de un Estado constitucional que contribuyan al respeto de los derechos constitucionales, solamente quedaban en anuncios y poemas al viento, ya que las constituciones “terminaron siendo meras cartas políticas y los proclamados derechos constitucionales sólo tendrían eficacia jurídica en la medida en que la ley los reconociera y con el alcance que les diera, de manera que no constituían un límite a la legislación”¹⁸.

Es decir, para que se concreticen o efectivicen los derechos consagrados en la Constitución, se tenía que esperar el apoyo de la ley y en su reconocimiento, lo cual incluso repercutía en la jurisprudencia, misma que era interpretativa de la ley vía recurso de casación, la cual servía como fuente primaria del Derecho¹⁹.

Lo expuesto se refleja en la necesidad que existió en ese entonces para la creación y promulgación de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada (Ley de Modernización del Estado), mediante Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993, que tuvo como finalidad incrementar los niveles de eficiencia, agilidad y productividad en la gestión administrativa a cargo del Estado²⁰.

¹⁷ Jorge Zavala Egas, *Lecciones de Derecho Administrativo* (Guayaquil: Edilex S.A. Editores, 2011), 105.

¹⁸ María Gascón Abellán y Alonso García Figueroa, *La argumentación en el Derecho* (Lima: Palestra, 2005), 21.

¹⁹ Jorge Zavala Egas, *Lecciones de Derecho Administrativo ob.cit.*, 106.

²⁰ Artículo 4 de la Ley de Modernización del Estado.

Por este motivo, en ésta se incluyeron normas que aporten y garanticen el respeto de los derechos de los administrados y restrinjan el abuso del poder público, tales como prohibiciones de exigir certificados y documentos innecesarios a los administrados²¹, el derecho de petición y la obligación de la Administración Pública de emitir la respectiva respuesta en un tiempo razonable no mayor a quince días término, contados a partir de la fecha de su presentación²², la exigencia de motivar los actos administrativos, esto es, indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo²³, entre otras.

El Ecuador el 20 de octubre de 2008, mediante la publicación del Registro Oficial No. 449, puso en vigencia una nueva Constitución de la República, misma que cambió el sistema jurídico, estableciendo un nuevo paradigma alternativo al positivismo que se usaba en la *praxis jurídica* en el país, por el garantismo constitucional o neoconstitucionalismo, ya que transformó al Ecuador en un *Estado Constitucional de Derechos y Justicia* conforme el artículo 1 del texto constitucional.

Muchos han escrito, comentado, aplaudido, criticado, pero en fin, intentado definir lo que es el neoconstitucionalismo y el estado constitucional, por ello, como apunta Miguel Carbonell, su “cabal comprensión tomará todavía algunos años.”²⁴

Sobre el nuevo *Estado Constitucional de Derechos y Justicia*, Ramiro Ávila Santamaría sostiene que: “(...) en el estado de derechos, los derechos (...) someten y limitan a todos los poderes (...) Otra explicación al predicado ‘estado de derechos’ es

²¹ Artículo 18, 22 y siguientes de la Ley de Modernización del Estado.

²² Artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado.

²³ Artículo 31 de la Ley de Modernización del Estado.

²⁴ Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales* (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2010), 23.

que el fin del estado es el reconocimiento, promoción, garantía de los derechos constitucionalmente establecidos (...)»²⁵.

Peter Häberle ha estudiado también al estado constitucional y enseña que “tiene un mandato directo de proteger los derechos fundamentales y ‘contribuir’ a su realización... Una función especial del Estado constitucional que se encuentra frecuentemente amenazada consiste en la configuración de garantías conexas de esta administración para el bien común sujeta al derecho.”²⁶

De lo expuesto, en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, toda autoridad pública tiene límites en su actuación, y esos límites son los derechos de las personas. Esto es, dichas autoridades, no pueden ejercer el poder ilimitadamente de manera antojadiza, ya que pueden vulnerar derechos. Verbigracia: los derechos humanos. Ávila apunta que esto es lo que Robert Alexy llama *el efecto de irradiación*²⁷.

En fin, al tener derechos que limitan el poder, es necesario de *instrumentos* que permitan su pleno ejercicio; esos instrumentos se llaman: *garantías*. La Constitución de la República del Ecuador tiene algunas que serán expuestas más adelante.

En lo que atañe a la justicia, Juan Montaña Pinto y Patricio Pazmiño Freire, al analizar *los elementos esenciales del nuevo modelo constitucional ecuatoriano*, profundizan entre otros temas, sobre el nuevo rol de los jueces, argumentado que:

Otro elemento que permite considerar al paradigma constitucional ecuatoriano como un aporte novedoso al constitucionalismo latinoamericano y mundial es el *fortalecimiento del papel de la función judicial dentro de la arquitectura constitucional*. (...) la asunción en la

²⁵ Ramiro Ávila Santamaría, *El Neoconstitucionalismo transformador, el Estado y el Derecho en la Constitución de 2008* (Quito: Ediciones Abya-Yala, Universidad Andina Simón Bolívar, 2011), 122, 135, 138, 139 y 140.

²⁶ Peter Häberle, *El Estado constitucional* (México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001), 218.

²⁷ Para profundizar en el tema se puede revisar: Robert Alexy, *Efecto en terceros o efecto horizontal*, en *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), 506-524.

Constitución ecuatoriana del carácter normativo de la totalidad de sus disposiciones y la centralidad que ha asumido la parte dogmática de los textos constitucionales, ha llevado a la aplicación directa (sin mediación del legislador) de los preceptos constitucionales, con lo cual *la jurisdicción ya no puede entenderse como la simple sujeción del juez a la ley*, sino que es fundamentalmente la interpretación de su significado, y en ese *sentido la ciencia jurídica ha dejado de ser mera descripción normativa para convertirse en un análisis crítico del derecho vigente*, es decir, *interpretación del sistema normativo a la luz de los principios y valores constitucionales*.²⁸ (La cursiva me pertenece).

Añadiendo el pensamiento de Antonio Peña Freire, al estudiar el Estado Constitucional de Derecho, ha manifestado que en éste “(...) frente al imperio de la ley, surge ahora el imperio de la justicia como una forma de compaginar la ley y la praxis jurídica con los principios y valores constitucionales”.²⁹

Miguel Carbonell, cita a Luigi Ferrajoli quien enseña que “en el paradigma constitucional los jueces cobran gran relevancia, pues el ordenamiento jurídico debe estar garantizado en todas sus partes a través de mecanismos jurisdiccionales.”³⁰.³¹ En el mismo sentido Carbonell señala que “el neoconstitucionalismo genera una explosión de la actividad judicial y comporta o requiere de algún grado de activismo judicial, en buena medida superior al que se había observado anteriormente.”.³²

La Corte Constitucional del Ecuador como máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en materia constitucional,

²⁸ Juan Montaña Pinto y Patricio Pazmiño Freire, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, en *Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano* (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), 2013), 41 y 42.

²⁹ Antonio Peña Freire, *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, (Madrid: Editorial Trotta, 1997), 233.

³⁰ Luigi Ferrajoli, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías* (México D.F.; CNDH, 2006), 29 y siguientes.

³¹ Miguel Carbonell, *ob. cit.*, 26.

³² Miguel Carbonell, *ob. cit.*, 26.

conforme dispone el artículo 429 de nuestra Ley Fundamental, se ha pronunciado sobre el nuevo marco constitucional ecuatoriano, en los siguientes términos:

(...) la Constitución de 2008 establece una forma de Estado, el Estado Constitucional de Derechos y justicia, cuyos rasgos básicos son: 1) el reconocimiento del carácter normativo superior de la Constitución. 2) *la aplicación directa de la Constitución* como norma jurídica, y, 3) el reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho.³³ (La cursiva me pertenece).

De lo expuesto entendemos que la obligación principal del Estado implementado en el Ecuador, que dejó atrás el positivismo criollo³⁴ es la tutela de los derechos constitucionalmente establecidos por *toda* autoridad pública³⁵. Para ello, es imprescindible que existan garantías que permitan el ejercicio y tutela de esos derechos. Garantías que contiene nuestra Constitución 2008 y entre ellas están las garantías jurisdiccionales, ya que como manifestaron Montaña Pinto y Pazmiño Freire, en el estado constitucional de derechos y justicia, se ha fortalecido el papel de la función judicial.³⁶

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de octubre del 2008, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 451 de 22 de octubre de 2008, 34, mediante la cual asumen las Magistraturas de la Corte Constitucional.

³⁴ Juan Montaña Pinto y Patricio Pazmiño Freire ejemplifican al positivismo criollo señalando que: *“Muestra de ello es que en Ecuador todavía existen algunos juristas tradicionales que, ajenos a una mínima comprensión del proceso histórico y social en que viven, sostienen aún la validez de la concepción formal de la justicia que identifica lo justo con lo que es conforme al texto de la ley, y en tal sentido la aplicación del derecho solo se puede dar a partir de una búsqueda del significado de la ley positiva estatal...”* Cita en: Juan Montaña Pinto y Patricio Pazmiño Freire, *ob. cit.*, 11.

³⁵ Esta afirmación se lo realiza de esta manera, ya que el presente trabajo académico está enfocado en el Derecho Público y específicamente en la emisión de actos administrativos; pero tenemos presente que en el Estado constitucional de derechos y justicia, la Constitución debe ser observada y cumplida tanto en el sector público como en el privado.

³⁶ Lo dicho, es una de las promesas de la Constitución de la República del Ecuador 2008, y un deber ser con el que se pretende que los jueces dentro del Estado constitucional de derechos y justicia, garanticen plenamente los derechos de todas las personas, de manera eficaz y haciendo honor a la tutela judicial efectiva, a través del control de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad.

De lo expuesto podemos observar que los argumentos usados por Zavala Egas, Montaña Pinto y Pazmiño Freire al tratar de defender al *Neoconstitucionalismo* en el Ecuador son errados al tratar de explicar que *desde la Constitución de la República 2008*, los operadores de justicia tienen el deber de aplicar de manera directa la Constitución y dejar de ser jueces limitados a la sola aplicación de la ley. El artículo 18 de la anterior Constitución Política de la República del Ecuador publicada mediante Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998 disponía lo siguiente:

Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier *juez, tribunal* o autoridad.

En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos.

No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos.

Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. (La cursiva me pertenece).

Con la norma citada, se verifica que la Constitución de la República 2008, con la cual la doctrina arguye que “surge” el Neoconstitucionalismo en el Ecuador, no trae consigo muchas innovaciones, como la aplicación de aplicación directa de los derechos y garantías contenidas en sus normas por cualquier autoridad administrativa o judicial; sino que se venimos arrastrando normas que antes de la publicación de la actual Constitución, ya garantizaban la aplicación y observancia directa e inmediata de garantías y derechos constitucionales. Incluso la norma que disponía la supremacía de normas constitucionales sobre cualquier otras de rango inferior también estaba

contenida en el artículo 272 de la anterior Constitución Política de la República 1998 cuando establecía que:

La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos - leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones. (La cursiva me pertenece).

De ahí que, algunos juristas que han criticado al Neoconstitucionalismo en el Ecuador como Salim Zaidán han manifestado que:

¿Cuál es entonces el cambio sustancial entre el Estado Social de Derecho de 1998 y el Estado Constitucional de Derechos y Justicia de 2008? La doctrina refiere un Estado Constitucional como evolución del Estado Legal pero ¿qué tan cierto es aquello? El principio de supremacía constitucional consta en ambas Constituciones, de hecho en la vigente, la norma que consagra la prevalencia de la Constitución es confusa. El principio de aplicabilidad directa de las normas constitucionales e internacionales de derechos humanos no es nuevo. En el plano institucional no se ven aún grandes cambios de fondo.³⁷

Lo que sí podemos decir es que el rol de los jueces actualmente, y *que ya lo tenían desde antes*, es el de realizar un análisis jurídico completo del caso que se pone para su conocimiento. Con ese estudio jurídico del caso, se logrará el imperio de la justicia, donde la Constitución será la norma jurídica suprema, por lo que se respetará de manera inmediata los derechos y garantías establecidos en ella.

Entre ellos por ejemplo podemos destacar al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 75 de la actual Constitución de la República, las garantías del debido proceso y del derecho a la defensa contenidas en el artículo 76 ibídem y el

³⁷ Salim Zaidán, *Neoconstitucionalismo “Teoría y Práctica en el Ecuador”* (Quito: Cevallos editora jurídica, 2012), 37.

control administrativo y judicial de los actos administrativos de conformidad con el artículo 173 del texto constitucional. Estos derechos y garantías, además contribuyen al cumplimiento de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales³⁸(control de convencionalidad³⁹) de directa e inmediata aplicación por las autoridades administrativas y judiciales, conforme los artículos 11 numeral 3 y 426 del texto constitucional, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)⁴⁰.

Con esto, se cumpliría con el punto en común que tienen el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo en aras de proteger los derechos de los ciudadanos⁴¹. Esto es, prohibiendo el ejercicio arbitrario o antojadizo de ese poder.⁴²

³⁸ Verbigracia la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

³⁹ María del Carmen Jácome señala que “el control de convencionalidad prevé que cuando un Estado ratifica un tratado internacional, como por ejemplo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus jueces y juezas, como parte del aparato estatal, deben velar porque sus disposiciones no se vean mermadas o limitadas por disposiciones internacionales que sean contrarias a su objeto o fin. El control de convencionalidad debe realizarse entre las normas de derecho interno y los tratados ratificados por el Ecuador, así como también se debe tomar en cuenta la interpretación que se haya hecho sobre los mismos. En este sentido, en el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, el control de convencionalidad debería hacerse también de la interpretación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya realizado sobre la misma.”. Cita tomada de: María del Carmen Jácome, *El Control de Convencionalidad*, dentro de *Análisis y Actualidad del Derecho Administrativo* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 493.

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001, parra. 124 y 137; Caso Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2011, párr.. 104 y 105; Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr.. 128.

⁴¹ David Blanquer, *ob. cit.*, 110.

⁴² Este criterio ha sido respaldado por el jurista ecuatoriano Jorge Zavala Egas, quien ha manifestado que el Estado constitucional de derecho, es un estado garantista, puesto que “se construye sobre los derechos fundamentales de la persona y en rechazo al ejercicio del poder arbitrario.”. Cita en: Jorge Zavala Egas, *ob. cit.*, 108.

1.3 La vinculación del Derecho Administrativo con el Derecho Constitucional en el Ecuador.

Para entender la relación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional, es necesario acudir a una de las más usadas doctrinas del Derecho Administrativo para después aterrizar esas ideas en lo que sucede en el Ecuador.

Roberto Dromi⁴³ con respecto a este punto enseña que “el Derecho administrativo es, de entre todas las ramas del Derecho, la más íntimamente relacionada con el Derecho constitucional. (...) el Derecho administrativo deriva de modo inmediato de la Constitución, asegurando la sumisión estatal al bloque de constitucionalidad, en tanto rama principal del Derecho público.”⁴⁴

Por su parte, el profesor Libardo Rodríguez⁴⁵ también ha estudiado las relaciones del Derecho Administrativo con el Derecho Constitucional, llegando a las siguientes conclusiones:

Las relaciones más estrechas del derecho administrativo se presentan con el derecho constitucional, pues en primer lugar, ambos se hacen parte del derecho público y tienen por objeto el estudio de la administración (...) En segundo lugar, puede afirmarse que el derecho constitucional es la fuente principal del derecho administrativo, es decir, que este es una consecuencia de aquel (...) Finalmente, vale la pena hacer notar que, como es lógico, en virtud de la llamada “constitucionalización” del derecho, el derecho administrativo recibe cada vez mayor influencia del derecho constitucional.⁴⁶

⁴³ Quien publicó su primera edición de su obra *Derecho Administrativo*, citada a continuación, en el año de 1987.

⁴⁴ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2006), 205.

⁴⁵ Quien publicó su primera edición de su obra *Derecho Administrativo General y Colombiano*, en el año de 1981.

⁴⁶ Libardo Rodríguez, *Derecho Administrativo General y Colombiano* (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2011), 37 y 38.

Profundizando en el tema de la vinculación o relación del Derecho Administrativo con el Derecho Constitucional en el Ecuador, en palabras de Jaime Rodríguez Arana recordamos que:

(...) el derecho administrativo, bien lo sabemos, hunde raíces en la Constitución, solar en el que se encuentra su verdadero sentido y significado. Constitución y administración pública son dos realidades complementarias que se entienden y explican en un marco de mutuas interacciones y relaciones que permiten comprender el alcance y la funcionalidad de la función administrativa según cual sea el modelo de Estado definido en cada Constitución.⁴⁷

Como se puede apreciar, la academia coincide en que existe una plena vinculación del Derecho Administrativo con el Derecho Constitucional. De hecho, considera al Derecho Administrativo de entre todas las ramas, la que más lazos de unión tiene con el Derecho Constitucional. Las dos ramas del Derecho son parte de una rama general llamada Derecho Público y las dos tienen por objeto el estudio de la Administración Pública. Finalmente podemos decir que el Derecho Administrativo nace de lo dispuesto en las normas constitucionales, es decir, el Derecho Administrativo es una consecuencia y una concretización del Derecho Constitucional.

A manera de antecedente, es necesario y muy importante rememorar al fallo dictado por el ilustre juez John Marshall, dentro del caso *Marbury vs. Madison*, mismo que se ganó un importante sitio en la historia del Estado de Derecho. En el fallo referido se explica el lugar que debe dársele a la Constitución dentro del sistema jurídico y en caso de contradicción quienes debían definir cuál es la ley aplicable serían los jueces; razón por la cual, las leyes contrarias a la Constitución no debían ser aplicables. Es decir, no quedaría en duda que la Constitución, en calidad de ley

⁴⁷ Jaime Rodríguez Arana, *APROXIMACIÓN AL DERECHO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL* (México D.F.: Editorial Liber Iuris Novum S. de R.L. de C.V., 2011), 1.

suprema, es superior a toda ley ordinaria del legislativo.⁴⁸ Con este antecedente, los jueces al aplicar un precepto legal, primero deben realizar un estudio, interpretación y análisis jurídico sistemático en el que se consideren a las normas constitucionales, con el fin de evitar que se viole lo dispuesto en la ley suprema. En pocas palabras, el célebre fallo dio inicio al debate jurídico de que todo juez debe velar por el cumplimiento de la Constitución.

La nueva Constitución ecuatoriana (2008) ha recogido lo manifestado por la doctrina administrativista en sus artículos 11 numeral 3 y 426 disponiendo que *los derechos y garantías establecidos en ésta, son de directa e inmediata aplicación por toda autoridad administrativa y judicial*, aunque las partes no los invoquen expresamente. Es decir, la Constitución procura que *toda autoridad pública sea garante de los derechos constitucionales* de manera directa o de oficio, sin necesidad de que el ciudadano le recuerde esa obligación a la autoridad; y en el caso de no ser así, los ciudadanos o administrados podrán acudir a la justicia para exigir el respeto de los mismos, ya que las autoridades públicas deben ser conscientes que están sujetas a la ley fundamental.

Es importante considerar que, de conformidad con lo que disponen los artículos 3 y 11 numeral 9 de nuestra Constitución de la República, el más alto deber del Estado es respetar y garantizar sin discriminación el efectivo goce de los derechos establecidos en ésta, obligando a que se reparare cualquier violación a los mismos. Por eso es que Jorge Zavala Egas sostiene una característica del Estado constitucional de derechos y justicia es “la vinculación de los órganos de la Administración pública a los derechos

⁴⁸ Juan Pablo Cajarville Peluffo, *Sobre Derecho Administrativo, Segunda Edición Ampliada* (Montevideo: Fundación Cultura Universitaria, 2008), 345 y 346; Clemente Valdez, *Marbury vs. Madison Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en los Estados Unidos*, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/35/pr/pr18.pdf>

fundamentales, su deber de respetarlos y garantizarlos (...).⁴⁹. Es decir, la fuente principal de las actuaciones de toda autoridad pública es la Constitución.

1.4 Potestades públicas.

Como hemos manifestado, las autoridades públicas administran y gobiernan a través del poder público entregado por el pueblo a estas. La voluntad del pueblo es el fundamento de toda autoridad⁵⁰.

Las potestades que ostentan las autoridades públicas, según el maestro Eduardo García de Enterría, parten del principio de legalidad como un *mecanismo preciso*, ya que “la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos.”⁵¹.

De lo expuesto podemos señalar que *las acciones administrativas se dan por el ejercicio del poder que les atribuye a las autoridades públicas el ordenamiento jurídico*. Es decir, las normas que son parte de ese ordenamiento jurídico distribuyen el poder entre las autoridades, limitando su ejercicio. Sin la potestad otorgada a las autoridades a través de las normas, estas no podrían actuar.

Cassagne apunta que el Estado, para realizar y conseguir sus cometidos, es necesario “(...) que la Administración Pública disponga de ‘poderes’ o prerrogativas

⁴⁹ Jorge Zavala Egas, *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica* (Guayaquil: Edilex S.A. Editores, 2010), 143.

⁵⁰ Art. 1 de la Constitución de la República.

⁵¹ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *ob. cit.*, 449.

para cumplir integralmente con los fines de bien común que persigue el Estado. Tales ‘poderes’ se denominan en el lenguaje técnico ‘potestades’ (...).⁵²

Menciona el citado de autor de alto reconocimiento en la academia, que la idea de potestad engloba los siguientes aspectos:

(...) a) la potestad no nace de relación jurídica alguna, sino del ordenamiento jurídico, que la disciplina y regula.

b) ella no versa sobre contenidos específicos determinados sino que tiene un objeto genérico, no consistiendo en una prestación individual sino en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos, aunque de su ejercicio y como consecuencia de su titularidad puedan devenirse relaciones jurídicas particulares;

c) no genera deberes concretos, ni sujetos obligados, sino una situación de sometimiento o sujeción a sufrir los efectos jurídicos que de ella emanan, no hay pues sujeto obligado sino una situación pasiva de inercia.

La potestad estatal consiste, en consecuencia, en un “poder de actuación” que ejercitándose de acuerdo con el ordenamiento jurídico puede generar situaciones jurídicas que obligan a los sujetos.⁵³

Inferimos que la potestad entregada a las autoridades de la Administración Pública, nace de la norma jurídica y tiene alcance general de efectos jurídicos conferidos a través de ella. Los ciudadanos o administrados sometidos al texto constitucional, deben ser conscientes que también están obligados a dar cumplimiento de las decisiones emanadas de la autoridad.

El poder público se expresa a través de las potestades que lo articulan, lo que en consecuencia, hace que dicho poder sea un abanico de potestades.⁵⁴ De lo expuesto se colige que, poder y potestad no son lo mismo, sino que el poder una vez otorgado a la autoridad pública a través de la norma jurídica se convierte en potestad.

⁵² Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo, T. II* (Lima: Palestra Editores SAC, 2010), 146.

⁵³ Juan Carlos Cassagne, *ob.cit.*, 146 y 147.

El análisis del profesor García de Enterría se ha quedado en la mera legalidad, dado que es un estudio realizado desde el punto de vista de la realidad española.

En el Estado constitucional de derechos y justicia que es el escenario de nuestro país, la más actual doctrina administrativa ecuatoriana, analiza el tema de las potestades de la siguiente manera:

El profesor Marco Morales Tobar enseña que: “(...) las potestades nacen del poder que atribuye el soberano a los distintos órganos de la administración del Estado, siendo que estas facultades constan en los textos constitucionales. La estructura misma del poder está concebida en la Carta Primera y de forma concreta en la organización que dicho texto confiere al Estado.”⁵⁵

Por su parte el jurista Jorge Zavala Egas apunta lo siguiente:

(...) a ese Poder público aprehendido por el Derecho, es decir, *formalmente juridificado*, se incorporan *potestades*, como son las legislativas, las jurisdiccionales y las ejecutivas-administrativas. El Poder único se distribuye en *órganos constitucionales* que configuran el Estado en éstos centros de Poder público, que son los mencionados órganos, se distribuye ese Poder único que, de esa forma, se hace operativo, esto es, funciona, desarrolla actividad. *Esas dosificadas medidas de Poder público formalmente jurídicas, atribuidas a los órganos constitucionales, son las potestades públicas.*⁵⁶ (La cursiva me pertenece).

De lo expuesto por los juristas citados, entendemos que las potestades o poder público juridificado, son atribuidas o tienen su origen en la Constitución. La postura del profesor García de Enterría, ha sido criticada por el profesor Marco Morales quien disiente de ese criterio señalando que:

⁵⁵ Marco Morales Tobar, *ob. cit.*, 11.

⁵⁶ Jorge Zavala Egas, *ob. cit.*, 172.

De modo general los autores suelen señalar que la potestad está atribuida por la ley; personalmente considero que dicho concepto más bien tiene un significado histórico en cuanto que con el advenimiento del Estado de Derecho, la Función Legislativa –en ese entonces denominado Poder Legislativo-, se erigió en el poder máximo y se pensaba que a través de las facultades que otorga la Ley se atribuía potestades. Ahora se estima que las competencias son las facultades que la Ley –norma de menor jerarquía- atribuye a los distintos órganos del poder público.⁵⁷

En lo que atañe al Ecuador, estoy de acuerdo con lo manifestado por el profesor Morales, quien señala que las potestades tienen origen en la Constitución, puesto que a través de la ley se otorgan competencias como se expondrá más adelante. El Derecho está en constante evolución y actualmente en el Ecuador, la estructura del poder otorgado a los distintos órganos de las funciones del Estado, están en la Constitución.

La Constitución es entonces, la que otorga –*en dosificadas medidas*- la investidura a los órganos administrativos para el ejercicio distribuido del poder público. La doctrina también enseña que las potestades “por la esencia de su origen son imprescriptibles, indelegables e inalienables”.⁵⁸ Es decir, sólo el órgano al que le fue atribuida dicha potestad puede ejercerla y no otro distinto.

Ahora bien, desde otro punto de vista y para esta investigación, es importante destacar que la titularidad de las potestades según David Blanquer “es un signo de la supremacía que el ordenamiento jurídico confiere a algunas personas o instituciones (en el caso que aquí interesa las Administraciones Públicas), y del correlativo sometimiento de quienes están sujetos a su ejercicio (los ciudadanos en el contexto que aquí se describe).”⁵⁹

⁵⁷ Marco Morales Tobar, *ob cit.*, 11.

⁵⁸ Marco Morales Tobar, *ob. cit.*, 11.

⁵⁹ David Blanquer, *ob. cit.*, 385.

García de Enterría coincide con la supremacía o superioridad que otorgan las potestades a las autoridades y añade que éstas articulan un poder de actuar frente a los administrados, quienes se someten a ese poder, ya que produce efectos jurídicos que los mismos han de soportar; y en algunas ocasiones pueden causar un gravamen (Verbigracia: Establecer obligaciones, cargas, vínculos, restricciones).⁶⁰

Las potestades al otorgar poder público a las autoridades administrativas, someten a los ciudadanos al ejercicio de ese poder. Es decir, los ciudadanos están sujetos a las decisiones emanadas de las autoridades y tienen el deber de cumplirlas.

Ese poder ejercido por las autoridades, produce efectos jurídicos en los administrados, y estos incluso podrían causar gravamen cuando hay un abuso del mismo como por ejemplo imposición de sanciones, deberes, restricción entre otras sin justificación jurídica alguna, lo cual haría que esas actuaciones de las autoridades sean arbitrarias. Aquí es donde juega un papel principal el principio de interdicción de la arbitrariedad, mismo que se irá clarificando con el progreso de este trabajo académico.

Adicionalmente creo necesario mencionar de manera general que la doctrina enseña que existen dos tipos de potestades: las potestades regladas o de mera aplicación legal automática, sin que haya resquicio a juicio subjetivo ninguno (Verbigracia: una liquidación tributaria o jubilar a un funcionario público por su edad)⁶¹ y las potestades discrecionales, cuando la ley deja un margen, más o menos amplio, para la decisión administrativa⁶² (Verbigracia: el nombramiento o la remoción de un cargo de libre designación).

⁶⁰ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *ob. cit.*, 452.

⁶¹ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *ob. cit.*, 444.

⁶² Santiago Muñoz Machado, *Diccionario de Derecho Administrativo, Tomo II* (Madrid: Iustel, 2005), 1937.

1.5 Manifestación de la voluntad de la Administración Pública a través del acto administrativo.

Sabemos que la Administración Pública necesita instrumentos que le permitan materializar y expresar su voluntad, dependiendo del órgano que actúe; así, de manera general, la función legislativa se expresa, a través de leyes, la función judicial a través de sentencias, y los órganos estatales que tengan a su cargo tarea administrativa, y que produzcan efectos jurídicos en los ciudadanos, se expresan a través de actos administrativos en los cuales concentraremos nuestro estudio en este punto de la tesis.⁶³

Según la doctrina, el acto administrativo tiene su origen y se incorpora al mundo jurídico moderno, con el acaecimiento de la Revolución Francesa. Se ha desarrollado a través de las elaboraciones dogmáticas italianas y francesas, y el consecuente sometimiento de las actuaciones de la Administración Pública al Derecho.⁶⁴

Como se ha disertado en este trabajo, para lograr ese sometimiento de la Administración Pública al Derecho, se crearon las potestades o poder jurificado, mismas que deben materializarse de alguna manera que sea físicamente visible; es ahí, donde aparecen los actos administrativos expedidos por las autoridades públicas.

Es importante anotar que, *para la emisión de un acto administrativo, la autoridad de que emane el mismo, debe ser competente*⁶⁵.

⁶³ Este criterio es respaldado por Ramón Parada, *Derecho Administrativo* (Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2012), 97.

⁶⁴ Ver Marco Morales Tobar, *ob. cit.*, 119; Raúl Bocanegra Sierra, *Lecciones sobre el acto administrativo, Tercera edición* (Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2006), 26.

⁶⁵ La competencia se mide en razón de la *materia* de cada órgano y dentro de ella sus diversos *grados*, el *territorio* y el *tiempo*, conforme lo dispone el artículo 85 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.

Conforme citamos al profesor Morales en el subcapítulo de las potestades públicas, las competencias son facultades otorgadas a los órganos del poder público a través de la ley.

Para el jurista Efraín Pérez:

(...) la competencia es el conjunto de funciones que un agente puede ejercer legítimamente. Así, el concepto de “competencia” da la medida de las actividades que corresponden a cada órgano administrativo de acuerdo al ordenamiento jurídico. *La competencia resulta de la aptitud legal de obrar del órgano administrativo.*⁶⁶.⁶⁷ (La cursiva me pertenece).

El Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), publicado mediante Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002⁶⁸, en

⁶⁶ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I* (Buenos Aires: F.D.A., 2004), XII-5.

⁶⁷ Efraín Pérez, *Derecho Administrativo, Tomo I* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009), 126.

⁶⁸ El ERJAFE *en mi criterio* tiene jerarquía normativa de reglamento (mal llamado estatuto) que nació a partir de la promulgación de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada (publicada mediante Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993) ya que en su artículo 40 dispuso lo siguiente: “Dentro de los límites que impone la Constitución Política, *declarase de competencia exclusiva del Ejecutivo la regulación de la estructura, funcionamiento y procedimientos de todas sus dependencias y órganos administrativos.* En el plazo máximo de tres meses, contados a partir de la vigencia de esta Ley, *el Presidente de la República, deberá mediante un Decreto Ejecutivo expedir y promulgar el nuevo Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.* En lo sucesivo, dicho Régimen Administrativo podrá ser modificado por el Presidente de la República a través de un Decreto Ejecutivo de acuerdo a las necesidades de la Administración Pública.”. (La cursiva me pertenece). Por ello es que, en su primera versión, antes de llamarse estatuto, mediante Suplemento del Registro Oficial No. 411 de 31 de marzo de 1994 nació con el nombre de “Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada”. El ERJAFE nació con la finalidad de regular la estructura, funcionamiento y sobretodo el desarrollo de los procedimientos administrativos de los órganos de la función ejecutiva. Actualmente, se ha ampliado su observancia de manera supletoria a otras instituciones que no siendo parte de la función ejecutiva, no tengan normativa sobre procedimientos administrativo. Sin embargo muchos juristas han expuesto su posición como Jorge Zavala Egas, *Lecciones de Derecho Administrativo* (Guayaquil: Edilex S.A. Editores, 2011), 19 – 24; Patricio Cordero Ordóñez, *El Silencio Administrativo* (Quito: Editorial El Conejo, 2009), 79 – 86.

El ERJAFE ha tenido varias reformas y modificaciones hasta su última y reciente realiza mediante Decreto Ejecutivo No. 500, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 12 de Diciembre del 2014; sin embargo, considero que algunas de sus normas ya no son aplicables y se deben actualizar, caso contrario expedirse una Ley común de Procedimientos Administrativos aplicable en todo el sector público.

En la actualidad, *el ERJAFE es considerado como un reglamento autónomo* ya que se considera que nace directamente por mandato constitucional, esto es, conforme lo dispuesto en el artículo 147 numeral 5 de la Constitución de la República vigente (publicada mediante Registro Oficial No. 449, de 20 octubre del 2008). Para mejor comprensión se cita al jurista Rafael Oyarte quien enseña que:

su artículo 84 dispone que: “la competencia administrativa es la medida de la potestad que corresponde a cada órgano administrativo.”.

De lo citado, queda claro que existe una diferencia entre potestad y competencia. Las autoridades públicas obtienen poder público a través de las potestades, pero sus actuaciones son limitadas por las competencias otorgadas en la ley.

Es decir, para la emisión de actos administrativos, las autoridades deben tener esa atribución legal como propia (ser competentes).

¿Pero qué es un acto administrativo?. Diversas e innumerables son las definiciones que se le ha dado al acto administrativo, pero para el desarrollo de este trabajo académico, intentaremos tomar las que en nuestro criterio, sean las más completas.

Para los juristas mexicanos Alfonso Nava Negrete y Enrique Quiroz Acosta un acto administrativo, “es el acto que realiza la autoridad administrativa. Expresa la voluntad

“(…) en nuestro ordenamiento existe el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva cuya dictación por parte del Presidente de la República, *en virtud de la actual normatividad constitucional*, se somete al artículo 147, número 5, del Código Político, es decir, que contiene normas relativas a la ‘integración, organización, regulación y control’ de la administración pública descentralizada.

Sobre la naturaleza jurídica del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, el entonces Tribunal Constitucional ya había señalado que tiene la propiedad de un reglamento autónomo (criterio compartido por Diego Paredes González, La naturaleza Jurídica del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en Temas Constitucionales, Revista del Tribunal Constitucional, Año 1, N° 4, Quito, 2004) y que, como tal, debe regirse a las prescripciones de la Constitución y la ley, por lo cual esa Magistratura indicó que ‘existe materias que son de exclusiva regulación por parte del Primer Mandatario, como es el caso del número de ministerios, su denominación y asuntos de su competencia (art. 176 [151], inc. 2º, CE), las que, en consecuencia quedan fuera del ámbito de competencia de la ley’. Del mismo modo, el ex Tribunal Constitucional señaló que ‘en caso de contradicción entre el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y una ley, la solución de la contradicción normativa no se resuelve por el principio jerárquico o por el de especialidad (que sólo es aplicable entre normas de una misma jerarquía dispositiva), sino por el principio de competencia material. Así, de este modo, tal como el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva tiene competencia exclusiva para regular los asuntos de integración y organización de ese Poder del Estado, no podría ni invadir materias que se reservan por mandato constitucional a las leyes, sean éstas orgánicas u ordinarias (arts. 141 [132] y 142 [133] CE) ni contener disposiciones que se refieran a dependencias que no forman parte de esta Función del Estado. (Tribunal Constitucional. Resolución N° 029-2003-TC, publicada en el Registro Oficial N° 210 de 13 de Noviembre de 2003.”. (La cursiva me pertenece). Rafael Oyarte, *Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 23 y 24.

de la autoridad administrativa, creando situaciones jurídicas individuales, a través de los cuales se trata de satisfacer las necesidades de la colectividad o comunidad.”⁶⁹.

El ERJAFE en su artículo 65 nos da la definición de acto administrativo señalando que “es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.”.

El catedrático español Ramón Parada, en su tratado reflexiona sobre las definiciones que se han dado al acto administrativo, entre ellas, una muy usada por la doctrina del derecho administrativo que es la de Zanobini; pero menciona que esa definición ya no es suficiente, permitiéndose al final de su estudio proponer al acto administrativo “como resolución de un poder público en el ejercicio de potestades y funciones administrativas y mediante el que impone su voluntad sobre los derechos, libertades o intereses de otros sujetos públicos o privados, bajo el control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.”.⁷⁰

Nótese que la definición de Parada, habla de una resolución de un poder público, dando a entender que hay otros poderes públicos, en virtud del mal llamado principio de división y separación de poderes. Este criterio es erróneo, ya que conforme ha enseñado autorizada doctrina⁷¹ y como consta en el numeral 1 del artículo 225 de nuestra Constitución de la República⁷², el poder entregado por el soberano a las autoridades es uno solo y se debe hablar de división de funciones.

⁶⁹ Jorge Fernández Ruiz, coord., *Diccionario de Derecho Administrativo* (México D.F.: Editorial Porrúa, 2006), 2.

⁷⁰ Ramón Parada, *ob. cit.*, 100.

⁷¹ Juan Carlos Benalcázar Guerrón, *Derecho Procesal Administrativo* (Quito: Andrade&Asociados Fondo Editorial, 2007), 20, 21 y 22; Fernando Garrido, *Tratado de Derecho Administrativo* (Madrid: Instituto de Derechos Políticos, 1971), 35 y 394; Carré de Malberg y otros citados en Jorge Zavala, *ob. cit.*, p. 231 y siguientes; Efraín Pérez, *ob. cit.* 17, 18, 19 y 20.

⁷² “Art. 225.- El sector público comprende:

1. Los organismos y dependencias de las *funciones* Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.”. (El restado me pertenece).

En este trabajo de investigación, estamos disertando sobre actos administrativos que emite la Administración Pública, pero para saber qué órganos forman parte de la misma, es imperioso acudir al capítulo séptimo de nuestra Constitución de la República, que se refiere a la Administración Pública. Dentro del mismo, en su sección primera, se encuentra el artículo 225 que contiene los órganos que comprenden el sector público. Y entre ellos encontramos los siguientes:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social. 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado. 3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. 4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

Conforme lo expuesto, dentro de estas instituciones, sus órganos con tarea administrativa –incluso dentro de la función legislativa y judicial-, expresarán su voluntad a través de la emisión de actos administrativos.

Unificando los criterios hasta aquí expuestos, podemos anotar que un acto administrativo es todo acto que emiten las autoridades en ejercicio de la función administrativa, a través del cual expresa e impone su voluntad, y que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.

Al hablar de los actos administrativos en el Ecuador, conforme lo dispone el artículo 88 del ERJAFE, previo a su emisión, se debe considerar:

- Que la autoridad que vaya a expedir el acto sea la competente conforme lo disponga la ley.

- Que se haya seguido el procedimiento establecido en la normativa para la emisión de ese acto administrativo.

De lo expuesto en este capítulo, se puede observar que el acto administrativo constituye, en criterio de la doctrina administrativista, la forma de expresión del Estado por excelencia⁷³, ya que concretiza y permite realizar una medición del alcance de los efectos jurídicos que generan las decisiones de las autoridades administrativas, con el fin de que a través de este instrumento, se facilite el control judicial de las actividades de la Administración Pública. Este punto será profundizado más adelante.

En este primer capítulo, hemos visto el significado y alcance del principio de interdicción de la arbitrariedad, mismo que funciona como instrumento de prohibición a la Administración Pública de solo obedecer a su voluntad o capricho, sin adecuar su actuación a la juridicidad. También se hicieron breves comentarios sobre el modelo de Estado ecuatoriano hasta la vigencia de la Constitución Política de la República del Ecuador expedida en el año de 1998 y el “nuevo” modelo denominado Estado Constitucional de derechos y justicia por la Constitución de la República del Ecuador de 2008. Con ello se abordó también sobre la vinculación del Derecho Administrativo con el Derecho Constitucional y la obligación de toda autoridad pública de hacer respetar los derechos y garantías consagrados en nuestra Carta Primera.

Finalmente, vimos cómo actúan las autoridades públicas y ejercen el poder entregado por el ordenamiento jurídico a través de potestades y competencias (investidura jurídica), y expresan su voluntad a través del acto administrativo. El acto administrativo debe ser emitido por autoridad competente conforme a la ley y

⁷³ Juan Carlos Benalcázar Guerrón, citado por Marco Morales Tobar, *ob. cit.*, 119.

respetando el procedimiento administrativo establecido en la norma para cada caso. El acto administrativo ha sido denominado por la doctrina como *la forma de expresión por excelencia* del Estado.

A continuación se analizarán los derechos y garantías consagrados en la actual Constitución de la República del Ecuador mismos que sirven para limitar y prohibir la arbitrariedad en la emisión de actos administrativos.

Capítulo II

2. Derechos y garantías constitucionales para combatir la arbitrariedad en la emisión de actos administrativos.

Hemos mencionado que el poder entregado a las autoridades públicas, en el Estado constitucional de derechos y justicia, es limitado por los derechos y garantías contenidos en la Constitución. En este sentido, toda autoridad pública que emita actos administrativos, debe respetar esos derechos y garantías de manera directa e inmediata, lo cual evita la arbitrariedad. Por ello, en este capítulo se revisarán derechos y garantías que ayudan en la tarea propuesta. Entre ellos encontramos a la motivación, legalidad (juridicidad), debido proceso y a la tutela judicial efectiva pilares del nuevo paradigma constitucional establecido en el Ecuador.

2.1 Motivación.

Sabemos que la exigencia de motivar los actos administrativos ha sido y es reconocida por la mayor parte de la doctrina administrativa⁷⁴, pero de todas formas, ésta es un elemento esencial del acto administrativo.

La motivación de los actos administrativos, nace de los ingentes esfuerzos de la dogmática del Derecho Administrativo por racionalizar el uso del poder por parte de las autoridades públicas. Por eso es que la doctrina moderna del acto administrativo, considera que la motivación debe ser regla, con el fin de evitar la arbitrariedad.⁷⁵

⁷⁴ Juan Carlos Cassagne, *ob. cit.*, 208.

⁷⁵ Gustavo Penagos, *El Acto Administrativo, Tomo I, Novena Edición* (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2011), 199.

En cuanto a la importancia de la motivación en el escenario neoconstitucionalista ecuatoriano, es pertinente citar las palabras del profesor Manuel Atienza cuando en su estudio sobre “Argumentación Jurídica y Estado Constitucional” sostiene que “el Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (...).”⁷⁶.

Por otra parte, Ernesto Jinesta Lobo apunta que: “Las administraciones públicas, en el contexto del Estado democrático y constitucional de Derecho, están más necesitadas que nunca de explicarse y darse a entender frente a los ciudadanos.”⁷⁷.

De lo manifestado, se puede colegir que en Estado constitucional de derechos y justicia hay la exigencia de justificación de las decisiones de las autoridades públicas, ya que “las administraciones públicas deben ser casas de cristal, traslúcidas y transparentes, de tal manera que el ojo fiscalizador ciudadano pueda penetrar y escrutar todos sus intersticios y, si es necesario, demandar mayores explicaciones de las actuaciones tomadas (...).”⁷⁸.

Complementa la cita anterior el profesor Blanquer, cuando afirma que el deber de motivación de los actos administrativos, es una consecuencia de la observancia al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.⁷⁹

Por otro lado, cuando se ha disertado sobre la *constitucionalización del Derecho Administrativo*, se ha dicho que a partir de esta, se estudia con esmero la motivación de

⁷⁶ Atienza, Manuel, *Argumentación Jurídica y Estado Constitucional* (México D.F.: Estudios Jurídicos, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/anjuris/cont/261/pr/pr9.pdf>, 354.

⁷⁷ Ernesto Jinesta Lobo, *Motivación de la actuación administrativa y principio de interdicción de la arbitrariedad: Legitimación democrática de las Administraciones Públicas*, (www.ernestojinesta.com); en el link de Artículos Revista, sexto artículo), 1.

⁷⁸ Ernesto Jinesta Lobo, *ob. cit.*, 1.

⁷⁹ En sus palabras señala que: “Como consecuencia de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos deben exteriorizar los fundamentos objetivos y razonables que justifican sus decisiones y disposiciones.” (David Blanquer, *ob. cit.*, 1315).

la resoluciones administrativas, ya que con este fenómeno han surgido “(...) valores y principios de rango constitucional que obligan fuertemente, a las administraciones públicas en la dirección apuntada, tales como el pluralismo, de interdicción de la arbitrariedad, de transparencia y la publicidad, el democrático, el de participación y los de objetividad e imparcialidad.”.⁸⁰

Es decir, los ciudadanos como dueños del poder, tienen el derecho de recibir una explicación razonada o un expreso discurso justificativo de por qué la autoridad pública tomó tal decisión.

Nuestra Constitución de la República consagra lo manifestado, cuando como componente esencial del derecho fundamental al debido proceso y a la defensa, en el artículo 76 numeral 7 literal 1) dispone que toda resolución de cualquier autoridad pública debe ser motivada. Para que exista una debida motivación, se debe enunciar las normas y principios jurídicos en que se fundamentó la decisión y explicar la pertinencia de aplicación de las mismas, en base a los hechos que se exponen en el acto administrativo.

La Corte Constitucional de Colombia mediante sentencia No. SU-917 de 2010, de 16 de noviembre de 2010 ha señalado que:

El deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.

⁸⁰ Ernesto Jinesta Lobo, *ob. cit.*, 2.

Es de vital importancia, en el diario de la tarea administrativa, la motivación de sus actos, ya que conforme a la misma norma (artículo 76 numeral 7 literal 1 de la Constitución de la República del Ecuador), la falta de una debida motivación, ocasiona su nulidad⁸¹ y sanción de la autoridad que lo emitió.

Como podemos ver, no solo basta con que la autoridad emita el acto administrativo citando el cargo público que ostenta, sino que, la motivación contiene varios elementos para la validez de dicho acto. Estos elementos son:

1. Fundamentar el actuar de la autoridad en normas y principios jurídicos vigentes a la fecha de expedición del acto administrativo.
2. Explicar la pertinencia⁸² de la aplicación de esas normas, porque no es que la autoridad puede citar cualquier norma cuando toma su decisión. La correcta oportunidad de selección de normas para fundamentar el acto administrativo debe hacerse en base a los presupuestos fácticos acaecidos a la fecha de emisión del acto administrativo.⁸³

⁸¹ La doctrina del Derecho Administrativo desde siempre ha opinado sobre la motivación de los actos administrativos. El jurista ecuatoriano Patricio Secaira por ejemplo enseña que: “la motivación, es igualmente un requisito que afecta la sustancia del acto administrativo, por ello su ausencia o defectuosa expresión genera la nulidad de la resolución. Es más el defecto en la motivación equivale a inexistencia de ella.”. Cita en: Patricio Secaira, *Curso Breve de Derecho Administrativo* (Quito: Editorial Universitaria, 2004), 186.

⁸² Ernesto Jinesta Lobo, *ob. cit.*, 2.

⁸³ En este punto, es importante considerar que “No se debe confundir el motivo del acto administrativo con los actos procedimentales preparatorios (de trámite) del acto final, cuya función radica en hacerlo posible y representan la condición pero no la causa que determina la emisión del mismo.”. Cita en Ernesto Jinesta Lobo, *ob. cit.*, 6.

La motivación contribuye a que el acto administrativo sea transparente y entendible, exhibiendo sus razones, con el fin de que no se queden estas, o sepultadas dentro del expediente administrativo, o simplemente en el interior de la memoria de la autoridad.

La autoridad pública debe convencer al ciudadano de que la decisión tomada es la mejor, en aras de satisfacer el interés general que representa. Más aún debe quedar convenido el administrado, si el acto administrativo, es un acto de gravamen, que afecta a sus derechos.

En definitiva, a través de la motivación, se recogerá en el acto administrativo final, todo lo que resulte del expediente administrativo que se ponga en manos de la autoridad que lo emite, con el fin de que ésta, realice un verdadero estudio jurídico de los presupuestos de hecho y de derecho del caso concreto.

Como se ha expuesto, la motivación sirve como instrumento de control que colabora en el combate contra la arbitrariedad⁸⁴ en las decisiones de las autoridades públicas; arbitrariedad que está “constitucionalmente vedada.”⁸⁵

Se puede afirmar también que evita que la Administración Pública sorprenda a los administrados con actos administrativos contradictorios, absurdos, desproporcionados, injustos e irracionales. Es decir, la motivación facilita el control de legalidad de los mismos, tema al cual me referiré más adelante.

Por ello es que el Tribunal Constitucional de España en sentencias constitucionales de 17 de junio de 1981 y de 11 de julio de 1983 ha determinado que la motivación “no sólo es una elemental cortesía, sino un requisito riguroso del acto de sacrificio de

⁸⁴ La doctrina de manera general sostiene que “*La falta de motivación implica, no solo vicio de forma, sino también, y principalmente, vicio de arbitrariedad.*”. (Luciano Parejo y Roberto Dromi, *Seguridad Pública y Derecho Administrativo*, Bueno Aires – Madrid, Ciudad Argentina – Marcial Pons, 2001, p. 325.). El profesor Marco Morales Tobar dentro de la doctrina ecuatoriana enseña que: “En un sentido amplio, la motivación consagra como una garantía constitucional del debido proceso entraña la exigencia que toda resolución de autoridad pública se fundamente en las razones de hecho y de derecho sobre las cuales ésta se hubiera emitido, *en resguardo del principio de seguridad jurídica y control de la arbitrariedad.*”). Cita en: Marco Morales Tobar, *ob. cit.*, 152. (La cursiva me pertenece).

⁸⁵ David Blanquer, *ob. cit.*, 1315 y 1316.

derechos”⁸⁶, “una garantía elemental del derecho de defensa, incluida en el haz de facultades que comprende el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a obtener una resolución fundada en Derecho”.⁸⁷

Pero en la actualidad, no es de sorprender que aún *juristas valientes* como los llama Ernesto Jinesta Lobo⁸⁸, se quejen de la falta de motivación en actos administrativos, calificándolos de arbitrarios, irrazonables e injustos. Por ello, es que la doctrina sostiene que el tema de la motivación de los actos administrativos, siempre estará en discusión.

2.2 Legalidad y evolución a la Juridicidad.

El principio de legalidad obtuvo una explicación suficiente con el kelsenismo y dentro de éste, con el administrativista Merkl, quienes no admitían ningún poder que no fundamente su actuación en una norma preexistente.⁸⁹

Sin lugar a dudas, el principio de legalidad es para los ciudadanos, el de mayor importancia para el mensaje que se quiere dejar con este trabajo de investigación; esto es, la prohibición del ejercicio arbitrario del poder.

Como se ha explicado en el capítulo I, desde el nacimiento del Derecho Administrativo, la legalidad ha tenido un papel fundamental dentro de sus fines, el de limitar el poder de las autoridades públicas “y lo que es más, para evitar la posibilidad de arbitrariedad, el despotismo o el totalitarismo por parte de la autoridad (...)”.⁹⁰

⁸⁷ Cita hecha por Tomás Ramón Fernández, *ob. cit.*, 82.

⁸⁸ Ernesto Jinesta Lobo, *ob. cit.*, 3.

⁸⁹ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *ob.cit.*, 446.

⁹⁰ Marco Morales Tobar, *ob cit.*, 1.

Bajo este ideal, se entiende que el derecho debe preexistir a la actuación de las autoridades públicas; esto conlleva a que el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos esté garantizado, y ya no exista decisiones personales basadas únicamente en la voluntad de quien ostente el poder. Conforme a lo expuesto, el poder público debía ser dosificado y distribuido a través de potestades y competencias a las cuales ya nos referimos anteriormente.

El artículo 226 de la Constitución de la República recoge al principio de legalidad, al disponer que *las autoridades públicas ejercerán solo las competencias y facultades que les sea atribuidas en la Constitución y la ley*. Es decir, las autoridades públicas han de actuar conforme y dentro del marco del ordenamiento constitucional y legalmente establecido⁹¹, a efecto de que los ciudadanos no puedan ser obligados por la autoridad a hacer lo que no esté dispuesto en las normas.

De lo anterior se colige que el principio de legalidad, es el punto que marca la diferencia entre el Derecho Público y el Derecho Privado. En el Derecho Público como se manifestó anteriormente, que conforme el principio de legalidad, las autoridades solo pueden hacer lo que la Constitución y la ley les faculte; en el Derecho Privado, conforme el artículo 66 numeral 29, literal d) de la Constitución de la República y artículo 8 del Código Civil, los ciudadanos pueden hacer todo lo que no esté prohibido en la ley.⁹²

⁹¹ El profesor Libardo Rodríguez enseña que “(...) el principio de legalidad consiste en que la administración está sujeta en su actividad al ordenamiento jurídico, es decir, que todos los actos que dicte y las actuaciones que realice deben respetar las normas jurídicas superiores.” Cita en: Libardo Rodríguez, *ob. cit.*, 304.

⁹² Los artículos citados disponen:

Constitución de la República: “Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 29. Los derechos de libertad también incluyen: (...) d) Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley.”.

Código Civil: “Art. 8.- A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley.”.

La Administración Pública es creada por la Constitución y las leyes de un Estado; es decir, los órganos que la conforman no son creados por la voluntad de una autoridad. Por tanto, la legalidad no es solo un mero instrumento ocasional para la Administración Pública, sino que es un *deber ser*, que funciona como base y el motor para que haya movimiento administrativo.

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, actual Corte Nacional de Justicia, ha señalado que todo acto administrativo emitido por autoridad pública debe surgir de ley, ya que de no ser así, el mismo podría ser considerado con vicio de nulidad absoluta. En los términos de la Sala se dijo lo siguiente:

Todos los actos administrativos tienen como único origen la ley, pues conforme al principio, elevado en nuestro derecho positivo al rango de constitucional, las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la Ley, por lo que en consecuencia *cualquier acto realizado fuera de la ley es un acto arbitrario y en consecuencia de nulidad absoluta*. Siendo la ley el único origen de los actos administrativos, los autores están de acuerdo en que por más que existieran elementos discrecionales en cualquier acto, siempre en él se ha de encontrar por lo menos cuatro elementos reglados, los cuales son: la existencia misma de la potestad, su extensión (que nunca podrá ser absoluta), la competencia para actuar, que se referirá a un ente y -dentro de éste- a un órgano determinado y no a cualquiera, y, por último el fin, porque todo poder es conferido por la ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero que en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad pública.⁹³ (La cursiva me pertenece).

⁹³ Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, actual Corte Nacional de Justicia, Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10 de 2 de julio de 2002, 3346.

Al no poder el Estado, sus instituciones, ni servidores públicos hacer algo que no esté previsto en el ordenamiento jurídico, el principio de legalidad se convierte también en una “garantía ciudadana de la seguridad jurídica.”.⁹⁴

El principio de legalidad ha evolucionado y esto ya ha sido comentado por la doctrina. Por ejemplo, García de Enterría⁹⁵ dice que Hauriou llamaba <<el bloque de legalidad>> a leyes, reglamentos, principios generales y costumbres; o que *Merck* llamó a esta perspectiva como <<principio de juridicidad>>⁹⁶ de la Administración y dejar al principio de legalidad únicamente cuando se habla de decisiones fundamentadas en la ley formal. (La cursiva dentro de la cita me pertenece).

Como sabemos el Derecho Administrativo está en constante evolución y esto también llega hasta el principio de legalidad como nos enseña la doctrina en los siguientes términos:

El principio de legalidad, ha sufrido una transformación renovadora y ahora se lo mira con mucha mayor amplitud, puesto que el administrador público, la función administrativa, el Juez y la función judicial, no solo que han de estar a lo dispuesto en el derecho positivado, vale decir en la Ley, *sino a la juridicidad de sus actos, esto es, han de tener presente al Derecho en su conjunto*, a la misión que como función pública deben desarrollar, esto es la consecución del bien común, todo ello enmarcado dentro del principio de responsabilidad en su actuación, para que, conforme el mandato de los artículos 226 y 227 de la Carta Primera⁹⁷, sus actuaciones estén enmarcadas en los principios de capacidad, honestidad y eficiencia. Pero además de aquello, la visión en la

⁹⁴ Genaro Eguiguren, *Visión de la Administración Pública en la Nueva Constitución*, en *La nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones* (Quito: Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2009), 125.

⁹⁵ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *ob. cit.*, 443.

⁹⁶ Esto también lo dice Santiago Muñoz Machado quien expresó la necesidad de que exista un fundamento jurídico para la actuación administrativa. Cita en: Santiago Muñoz Machado, *Diccionario de Derecho Administrativo, Tomo I* (Madrid: Iustel, 2005), 1939.

⁹⁷ Constitución de la República del Ecuador.- Art. 227.- La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.

que deben fundar sus actuaciones será social, con lo que la libertad de sus realizaciones estará siempre restringida al ámbito de lo social.⁹⁸ (La cursiva me pertenece).

En la actualidad toda actuación de autoridad pública está sujeta a evaluación y responsabilidad en las actuaciones de las autoridades públicas.

Como se puede apreciar, legalidad y juridicidad no son lo mismo. El principio de juridicidad, al que ha evolucionado el principio de legalidad, conlleva a que las autoridades públicas deban motivar sus decisiones en base *al Derecho en todo su conjunto*, es decir constituye una noción más amplia que incluye normas superiores e inferiores a la ley, supranacionales y estatales, además de implicar también el sometimiento a los principios, valores y garantías de derechos y libertades.⁹⁹ Los principios y valores si no están positivados, son fijados o decantados por la jurisprudencia. *Esto es el principio de juridicidad al que ha evolucionado el principio de legalidad.*

Autores españoles como I. de Otto, F. Rubio, J. Santamaría, J. Leguina, M. Beladiez entre otros han coincidido en la utilización del término principio de juridicidad como alternativa al principio de legalidad.¹⁰⁰ Otros autores, entre ellos los franceses G. Vedel y J. Moreau se han referido al principio de juridicidad como el que mejor explica el sometimiento de la Administración al Derecho en los sistemas constitucionales modernos, que han superado el legicentrismo de estricta observancia.¹⁰¹

⁹⁸ Marco Morales Tobar, *Acción de Habeas Data en Viabilidad de las Garantías Jurisdiccionales*, ob.cit., ps. 197 y 198.

⁹⁹ Santiago Muñoz Machado, *Diccionario de Derecho Administrativo*, ob. cit., 1938.

¹⁰⁰ Santiago Muñoz Machado, *Diccionario de Derecho Administrativo*, ob. cit., 1938.

¹⁰¹ Santiago Muñoz Machado, *Diccionario de Derecho Administrativo*, ob. cit., 1940.

Estos cambios tuvieron su origen en la llamada *crisis de la legalidad y el papel actual de la ley* cuando explica la doctrina¹⁰² que los sistemas jurídicos acogieron el ejemplo norteamericano (Estados Unidos)¹⁰³ en el que se inició el debate de la primacía de la Constitución sobre las leyes, con lo cual se fue superando el legalismo por el constitucionalismo. Por otro lado, dentro de esta crisis, se habla también que la ley llegó a ser insuficiente para regular los supuestos posibles originados en los cambios económicos, sociológicos y tecnológicos, por ello a través de la teoría de la formación del derecho por grados sistematizada por Kelsen¹⁰⁴, se otorgó un papel a los principios generales del Derecho¹⁰⁵, a los reglamentos y demás actos normativos con carácter general.

No se debe olvidar también que conforme el artículo 424 de la Carta Primera, la Constitución y dentro del bloque de constitucionalidad¹⁰⁶, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Así también, se debe mencionar que la jurisprudencia expedida por la Corte Constitucional, como máxima instancia de interpretación de la Constitución de la

¹⁰² Juan Carlos Cassagne, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires-Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2009, p.117.

¹⁰³ Me refiero a la influencia del caso de la Suprema Corte Marbury vs Madison, 5 U.S. 137 (1803). Para profundizar del tema se pueden revisar las siguientes fuentes: Juan Pablo Cajarville Peluffo, *Sobre Derecho Administrativo, Segunda Edición Ampliada* (Montevideo: Fundación Cultura Universitaria, 2008), 345 y 346.; Clemente Valdez, *Marbury vs. Madison Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en los Estados Unidos*, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/35/pr/pr18.pdf>

¹⁰⁴ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 16ª ed. (Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1979), 135 y siguientes.

¹⁰⁵ Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo* (Madrid: Iustel, 2006), 420.

¹⁰⁶ Juan Fernando Villacrés López, *La aplicación directa de la Constitución frente al prevaricato en Ecuador*, en *Manual de justicia constitucional ecuatoriana* (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Corte Constitucional del Ecuador, 2013), 351.

República y de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, juega un papel importante al momento de aplicar el derecho, ya que tiene el *carácter de vinculante* y es de observancia obligatoria por parte de las autoridades públicas conforme lo dispone el artículo 436 numerales 1 y 6 de la Constitución de la República¹⁰⁷.

Es por ello que también además del valor de la jurisprudencia referida anteriormente, en el inciso primero del artículo 425 de la Constitución¹⁰⁸, se ha establecido un orden jerárquico de aplicación de las normas al cual deben dar cumplimiento toda autoridad pública, permitiendo así la superación del legicentrismo o positivismo legalista de estricta observancia –al cual se referían G. Vedel y J. Moreau– en un sistema constitucional moderno como el ecuatoriano, que tiene una Constitución que consagra muchos valores y principios que protegen a la dignidad humana.

Estos cambios que tienen como consecuencia la sustitución de la ley por la Constitución en la cima del ordenamiento jurídico, han recibido algunos nombres otorgados por la doctrina como por ejemplo F. Favoreu lo ha llamado <<la constitucionalización del Derecho>>¹⁰⁹, Santiago Muñoz Machado lo ha llamado <<la

¹⁰⁷ La Corte Constitucional del Ecuador, mediante sentencia No. 001-10-PJO-CC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 351 de 29 de diciembre de 2010 ha señalado que: “Resulta tan relevante la función que debe desempeñar la Corte Constitucional en ejercicio de la competencia prevista en el numeral 6 del artículo 436 de la Constitución, esto es, el desarrollo de la jurisprudencia vinculante –horizontal y vertical– respecto a los derechos y garantías jurisdiccionales con los que deben lidiar diariamente usuarios y operadores de justicia constitucional del país. Pero, ¿cómo hacerlo? Marcando el camino, ratificando y creando líneas jurisprudenciales en determinados escenarios constitucionales, que eviten la superposición entre las garantías jurisdiccionales, que clarifiquen y desarrollen su naturaleza, presupuestos de procedibilidad, efectos, procedimiento, y por sobre todo, ilustrando y guiando a partir de sus fallos a la ciudadanía en general”.

¹⁰⁸ “Art. 425.- *El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente:* La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.”

¹⁰⁹ Santiago Muñoz Machado, *Diccionario de Derecho Administrativo*, ob. cit., 1941.

constitucionalización de la legalidad>>¹¹⁰, pero para nuestro trabajo aplicado en el Derecho Administrativo, hablaremos de *la constitucionalización del Derecho Administrativo*.

Concluimos señalando que el principio de legalidad en el cual se decía de que las autoridades públicas solo deben cumplir con lo señalado en la ley, ha evolucionado al denominado *principio de juridicidad* mediante el cual, las autoridades públicas deben cumplir con todas las normas del ordenamiento jurídico vigente, es decir, observando al *Derecho en su conjunto*, partiendo de lo dispuesto en la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las leyes y demás normativa infralegal, así como los principios y políticas públicas, con el fin de lograr el respeto a la dignidad humana.

Todo esto, contribuirá a lograr un trabajo de calidad y excelencia que ayude a alcanzar los cometidos del Estado y a que sus actuaciones sean legítimas..

2.3 Respeto al debido proceso.

El debido proceso es otra de las herramientas que sirven para luchar contra la arbitrariedad en la emisión de los actos administrativos ya que es un derecho constitucionalmente establecido de directa aplicación por las autoridades de tarea administrativa.

Este derecho está contenido en el artículo 76 de nuestro texto constitucional¹¹¹, que dispone que en los procesos que se determinen derechos y obligaciones de cualquier

¹¹⁰ Santiago Muñoz Machado, *Diccionario de Derecho Administrativo*, ob. cit., 1940.

¹¹¹ Considero importante mencionar también que las garantías que conforman el debido proceso, están incluidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, entre ellos, en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos; estas garantías, conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH. Caso Baruch Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de

orden, se debe asegurar el derecho al debido proceso. Conforme el referido artículo, el debido proceso incluye algunas *garantías*, *subprincipios* o *subderechos* que lo integran y que lo hacen efectivo; y estos son:

- Velar por el cumplimiento de normas y respeto a los derechos de las partes.
- Garantizar la presunción de inocencia mientras no se declare responsabilidad mediante resolución o sentencia en firme.
- Nadie podrá ser sancionado por acto u omisión que al momento de cometerse, no estén tipificado como en la ley como infracción administrativa o de otra naturaleza. De igual forma no se puede aplicar una sanción no establecida en la Constitución o en la ley.
- Juzgar a las personas ante la autoridad competente y con observancia del procedimiento establecido.
- Obtención de pruebas válidas¹¹².
- De existir conflicto de leyes, se debe aplicar la menos rigurosa y favorable para la persona infractora, así haya sido publicada en tiempo posterior al cometimiento de la infracción.
- Respeto al principio de proporcionalidad de infracciones y sanciones administrativas y de otra naturaleza.
- Garantizar el ejercicio del derecho a la defensa¹¹³.

6 de febrero de 2001, párr. 104 y 105) deben ser observadas y respetadas también por las autoridades administrativas.

¹¹² Obtenidas o actuadas sin violación a la Constitución o a la ley, ya que de ser así no tendrían eficacia probatoria y es deber de la autoridad sustanciadora rechazarlas. (Art. 76 numeral 4 Constitución de la República).

¹¹³ El derecho a la defensa conforme el artículo 76 numeral 7 de la Constitución de la República incluye las siguientes garantías: No ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento; contar con el tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa; ser oído ante las autoridades en igualdad de condiciones; presentar pruebas de descargo; los procedimientos deberán

Para la Corte Constitucional de Ecuador, el debido proceso conlleva un mínimo de presupuestos y condiciones para tramitar adecuadamente un procedimiento y asegurar el ejercicio del derecho a la defensa. Estos presupuestos y condiciones mínimos se deben cumplir desde el inicio del procedimiento o del proceso, respetarse a lo largo del desarrollo del mismo, hasta concluir con una resolución motivada. El debido proceso en un Estado Constitucional de Derechos, es el conjunto de principios a observar en cualquier procedimiento, no solo como orientación sino como deber, con el fin de garantizar de manera eficaz los derechos de las personas.¹¹⁴

De lo expuesto es que la Corte Constitucional ha concluido que “el debido proceso es el “axioma madre”, el generador del cual se desprenden todos y cada uno de los principios y garantías que el Estado ecuatoriano se encuentra obligado a tutelar.”¹¹⁵.

En el Derecho Administrativo, el debido proceso está reflejado en el procedimiento administrativo, ya que es en éste cuando las autoridades ejercen la función administrativa.¹¹⁶

El procedimiento administrativo desde finales del siglo XIX ha sido una secuencia de actos cronológicos de la autoridad administrativa relacionados entre sí y

ser públicos, donde las partes puedan acceder a todos los documentos y actuaciones; contar con la presencia de un abogado; asistencia de traductor o intérprete sino comprende el idioma; no ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia; contar con la colaboración de testigos o peritos (quienes aportarán luz sobre los hechos); contar con una autoridad competente, independiente e imparcial; recibir una resolución debidamente motivada en la cual se expongan las normas o principios jurídicos en que se funda y la pertinencia de su aplicación a los presupuestos de hecho; recurrir la resolución final.

¹¹⁴ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N 027-09-SEP-CC de 08 de octubre de 2009.

¹¹⁵ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 007-11-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 572 de 10 de noviembre de 2011.

¹¹⁶ Juan Carlos Cassagne cita a Feliciano Benvenuti quien enseña que “el procedimiento administrativo constituye la forma o el cauce formal de la función administrativa.”. Cita en: Juan Carlos Cassagne, *ob. cit.*, 632.

tendientes a un único fin o resultado.¹¹⁷ El resultado del procedimiento administrativo es la emisión del acto administrativo¹¹⁸ final que será notificado al administrado.

Entonces, el procedimiento administrativo es un camino o cause a seguir, conformado por un conjunto de actividades y actuaciones administrativas ordenadas, previas a la emisión de dicho acto administrativo. Este procedimiento es dirigido o tramitado por la autoridad administrativa, quien es la encargada de tutelar que se respeten todas las garantías que constituyen el debido proceso y del derecho a la defensa, mismas que fueron mencionadas anteriormente.¹¹⁹

Ahora bien, para un correcto desarrollo del procedimiento administrativo es imprescindible que la administración abra un expediente administrativo, que no es otra cosa que la carpeta donde se recogen todas las actuaciones y etapas del procedimiento de manera documentada, mismas que serán de libre acceso a las partes.

Es importante mencionar también que el respeto al debido proceso, impone a quien dirige la tramitación administrativa: “(...) la obligación de observar, en sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley o en los reglamentos (...).¹²⁰

Vemos aquí también la presencia del principio de juridicidad que fue analizado anteriormente, ya que es en el camino trazado en las leyes o en los reglamentos, donde

¹¹⁷ Ramón Parada, *ob. cit.*, 201.

¹¹⁸ Manuel María Díez, *Derecho Administrativo, Tomo V* (Buenos Aires: Editorial PLUS ULTRA, 1971), 222.

¹¹⁹ La doctrina administrativa ecuatoriana respalda lo manifestado cuando ilustra que procedimiento administrativo es el “conjunto de actos concatenados y yuxtapuestos, que de manera coordinada se orienta a garantizar al ciudadano la vigencia de sus derechos subjetivos o intereses legítimos (...)” y culmina con la emisión de un acto administrativo decisorio final. Cita en: Marco Morales Tobar, *ob. cit.*, 86.

¹²⁰ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-980/10.

se recogen las garantías del debido proceso¹²¹; y es el ordenamiento jurídico el que da el orden a las actividades que forman parte del procedimiento administrativo.

Por ello, resaltamos que *la administración pública está obligada a respetar todas las etapas del procedimiento*, permitiendo el desarrollo de cada una de manera individualizada¹²².

Como se mencionó, el procedimiento administrativo tiene como fin la producción de un acto administrativo, si el procedimiento administrativo está viciado, el acto también lo estará¹²³. La observancia del procedimiento administrativo es ineludible¹²⁴. Si la autoridad pública con tarea administrativa ha respetado el procedimiento administrativo, el acto administrativo resultado del mismo, sería inobjetable jurídicamente.

El procedimiento administrativo es una verdadera garantía para los ciudadanos para que se respeten sus derechos, como para la Administración Pública, para su buena marcha.¹²⁵

Con todo lo manifestado en este apartado, se colige que el respeto al debido proceso en el desarrollo del procedimiento administrativo en el Estado Constitucional

¹²¹ Por eso es que la doctrina afirma acertadamente que una de las finalidades del procedimiento administrativo en garantizar el respeto de los derechos e intereses de los particulares y canalizar su participación en la actividad administrativa. Cita en: Catalina Escuin Palop, *Curso de Derecho Administrativo* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004), 153.

¹²² Manuel María Díez, *Derecho Administrativo, Tomo V* (Buenos Aires: Editorial PLUS ULTRA, 1971), 219.

¹²³ Por ello es que el jurista español Santiago Muñoz Machado sostiene que el procedimiento administrativo “(...) constituye una de las exigencias del denominado elemento formal de los actos administrativos (...). Y se expresa señalando igualmente que el procedimiento constituye no solamente un cauce necesario para la producción de tales actos, sino una *verdadera condición de la validez de los mismos*. (...) Así pues, los vicios procedimentales han de ser analizados como infracciones que pueden incidir en la validez de los actos administrativos.”. Cita en: Santiago Muñoz Machado, *Diccionario de Derecho Administrativo, ob. cit.*, 1976.

¹²⁴ Manuel María Díez, *ob. cit.*, 227.

¹²⁵ Para profundizar en el tema revisar: Santiago Muñoz Machado, *Diccionario de Derecho Administrativo, ob. cit.*, 1977.

de derechos, es un parámetro para determinar la validez constitucional de los actos administrativos emitidos por las autoridades, quienes ejercen potestades públicas y podrían cometer arbitrariedades o afectar derechos de los ciudadanos, por lo que es inexorable establecer límites como un procedimiento para sus actuaciones.

2.4 Tutela judicial efectiva.

Para referirnos al derecho a la tutela judicial o derecho a la tutela jurisdiccional, debemos acudir al artículo 75 de la Constitución de la República que dispone que toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva. Esta justicia debe ser imparcial y oportuna para tutelar los derechos constitucionales.

En resumen, este derecho fundamental significa que cuando las personas planteen sus controversias ante los jueces o tribunales, es obligación de los mismos, que se haga justicia en todos los aspectos, etapas y diligencias relacionados con el juicio incoado.¹²⁶

Es necesario dejar en claro que este derecho, no solo lo posee la persona que plantea el juicio -es decir el actor-, sino que, es un derecho para todas y todos las personas que intervengan en el mismo, en el área o materia de Derecho del que verse este.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en su jurisprudencia¹²⁷ se ha pronunciado sobre lo que esta califica como el “recurso judicial efectivo”, haciendo su interpretación desde el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, manifestando que es obligación de los Estados ofrecer a los

¹²⁶ Jesús González Pérez en cita hecha por Miguel López Ruiz y Miguel Alejandro López Olvera, *Estructura y Estilo en las Resoluciones Judiciales* (México D. F.: Editorial Liber Iuris Novum S. de R. L. de C. V., 2012), 13.

¹²⁷ Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2002, párr. 52.

ciudadanos un *recurso judicial efectivo* contra actos violatorios a derechos fundamentales no solo contenidos en la Convención Americana, sino también aquellos reconocidos por la Constitución y la ley de cada Estado.

Es imperioso mencionar que no basta con que el recurso judicial exista formalmente, sino que este debe tener efectividad; es decir, debe ser sencillo y rápido. Debe ser sustanciado con las reglas del debido proceso ya que este tipo de garantías, constituyen los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del Estado de Derecho; y al estar estas garantías contenidas en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador conforme se explicó anteriormente, también se constituyen en pilar básico del Estado constitucional de derechos y justicia.

Bajo estos criterios, no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso o tipo de juicio dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la praxis, porque falten los medios eficaces para ejecutar sus decisiones o por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia.¹²⁸

Es decir, la administración de justicia para garantizar la efectividad de los recursos y acciones judiciales, debe tener presente a los principios de inmediación y celeridad. Nadie, en ningún caso quedará en indefensión y las resoluciones se las debe cumplir de manera inmediata, ya que su incumplimiento será sancionado.¹²⁹

La ley ecuatoriana, también recoge al derecho a la tutela judicial efectiva en el artículo 23 del Código Orgánico de la Función Judicial, en el cual se dispone que las y

¹²⁸ Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2009, pár. 69.

¹²⁹ Artículo 75 de la Constitución de la República.

los jueces tienen el deber de tutelar efectivamente los derechos consagrados en la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y en las leyes.

La Corte Constitucional del Ecuador¹³⁰ nos explica de manera diáfana el derecho a la tutela judicial efectiva señalando que:

La tutela judicial efectiva que consagra la Constitución es el derecho de toda persona no solo a acudir a los órganos jurisdiccionales, sino además a que, a través de los debidos causes procesales, y con mínimas garantías, obtenga una decisión fundada en derecho respecto de sus pretensiones. (...) Este derecho, por tanto, tiene como objetivo una justicia efectiva, ya que permite que las personas puedan acceder al sistema judicial del país, que en la tramitación de la causa se cumplan las reglas del debido proceso y que puedan obtener una sentencia basada en derecho, *es decir, libre de arbitrariedad*. (Lo resaltado me pertenece).

Queda comprobado entonces, que el derecho a la tutela judicial efectiva, es otra herramienta de poder de la moderna línea jurídica de protección de derechos, con la cual cuentan las y los jueces, misma que ayuda a combatir las decisiones arbitrarias de las autoridades públicas y a revisar que se hayan emitido conforme a derecho.

Pero esta revisión judicial debe realizarse de manera pronta y oportuna, sin dilaciones indebidas y sin formalismos inútiles¹³¹; solo así existirá una justicia efectiva, la justicia perfecta.

Caso contrario, el Estado será responsable por violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso, de conformidad con el artículo 11 numeral 9 de nuestro texto constitucional.

¹³⁰ Corte Constitucional del Ecuador, Resolución No. 041-10-SEP-CC de 16 de septiembre de 2010, publicada en el Registro Oficial 294-S de 6 de octubre de 2010.

¹³¹ La interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, se debe garantizar que la persona tenga un pleno ejercicio del derecho a la defensa, pero no se puede convertir las diligencias procesales en obstáculos ya lograr la justicia pronta.

El objetivo principal del derecho a la tutela judicial efectiva es que los justiciables no sean sometidos a instancias vinculadas con la arbitrariedad o los caprichos de quien debe resolver el caso¹³² o quien emita un acto administrativo.

2.4.1 Control judicial de actos administrativos.

La Constitución de la República en su artículo 173 dispone que *todo acto administrativo*, emitido por cualquier autoridad del Estado, *es impugnable* tanto en la vía administrativa, como en la vía jurisdiccional siguiendo los caminos que el ordenamiento jurídico tenga trazado según el caso.

En este subcapítulo, nos corresponde analizar el control de legalidad actual jurisdiccional que realiza la justicia contencioso administrativa por impugnaciones de actos administrativos. Es decir en la vía jurisdiccional.

En aras de tutelar la observancia del principio de interdicción de la arbitrariedad en la emisión de actos administrativos de la Administración Pública, es inexorable que se cuente con juezas y jueces que controlen que dichos actos administrativos estén conforme a Derecho.

El Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 31 reza que:

Las resoluciones dictadas dentro de un procedimiento por otras autoridades e instituciones del Estado, distintas de las expedidas por quienes ejercen jurisdicción, en que se reconozcan, declaren, establezcan, restrinjan o supriman derechos, no son decisiones jurisdiccionales; *constituyen actos de la Administración Pública o Tributaria, impugnables en sede jurisdiccional*. (La cursiva me pertenece).

¹³² Gerardo Eto Cruz, *El Derecho Procesal Constitucional: Su desarrollo jurisprudencial* (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2011), 210.

En este orden de ideas, debemos señalar que el principio de interdicción de la arbitrariedad es verificado y su violación declarada, por las juezas y jueces en el ejercicio de la potestad jurisdiccional entregada a ellos.

En materia administrativa, el artículo 217 numerales 1 y 2 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone que ésta labor, les corresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo, quienes entre otras atribuciones y deberes, con respecto a los actos administrativos, tienen las siguientes:

- Conocer y resolver las controversias que se suscitaren entre la administración pública y los particulares por violación de las normas legales o de derechos individuales por la emisión actos administrativos, siempre que tales actos no tuvieran carácter tributario.
- Supervisar la legalidad de los actos administrativos.

Es decir que, las juezas y jueces que integren los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, son los encargados de realizar la actividad de control de legalidad actual juridicidad, que consiste en verificar la conformidad o no a Derecho, del acto administrativo impugnado.

Conforme la normativa expuesta, no existen actos administrativos inmunes al control judicial.

La doctrina enseña que:

Con el sólo fin de satisfacer el derecho de los ciudadanos a obtener una tutela judicial efectiva, *el tribunal podrá en algunas ocasiones sustituir el acto administrativo arbitrario por otro ajustado a Derecho. De lo contrario, si el tribunal se limita a anularlo habría tutela judicial, pero esa tutela no sería “efectiva”* al no satisfacer la pretensión procesal

del ciudadano a que se le reconozca la titularidad de un derecho o de un interés legítimo.¹³³
(La cursiva me pertenece).

El catedrático Luciano Parejo Alfonso, se opone al criterio doctrinal citado manifestando que si los jueces reemplazan el acto administrativo arbitrario por uno ajustado a Derecho, se estaría violando la división de competencias entre las dos funciones, la administrativa y la judicial, aduciendo que: “el Juez administrativo es un administrador negativo, lo mismo que el Tribunal Constitucional con relación al legislativo, pues la competencia judicial de control se agota en los supuestos en que la decisión administrativa no está en sintonía con el Derecho, siendo éste al propio tiempo el presupuesto y el límite de la competencia judicial.”¹³⁴.

Personalmente discrepo con el criterio del profesor Parejo en la crítica de que los juzgadores no podrían sustituir el acto administrativo arbitrario por uno apegado a Derecho y que su competencia se agota con realizar solo el control judicial de legalidad actual juridicidad, ya que de ser así como acertadamente enseña el profesor Blanquer, no existiría efectividad en la acción contencioso administrativa planteada, incoada con el objetivo de impugnar el acto administrativo arbitrario. Es decir, se estaría desconociendo el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando lo efectivo sería que el juez al verificar la existencia de arbitrariedad en la decisión de la autoridad pública, debe emitir una nueva decisión en la cual se garantice los derechos de los administrados. Con lo cual, considero que el profesor Parejo yerra en su afirmación.

¹³³ David Blanquer, *ob. cit.*, 1319.

¹³⁴ Ramón Parada, *ob. cit.*, 109.

En la justicia contencioso administrativa ecuatoriana, los jueces no se limitan a anular¹³⁵ o declarar ilegales a los actos administrativos, sino que disponen medidas para reparar los efectos jurídicos negativos que hayan producido la emisión de dichos actos.

Así por ejemplo, tenemos que el artículo 46 de la Ley Orgánica de Servicio Público -LOSEP- (publicada mediante Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre del 2010) dispone que, si el fallo fuere favorable al servidor público destituido, y se haya declarado nulo o ilegal el acto administrativo impugnado, se deberá restituir al mismo a su puesto de trabajo de manera inmediata, y se ordenará a la institución demandada que restituya los valores dejados de percibir, con los respectivos intereses, durante el tiempo que duró el juicio impugnando el acto administrativo arbitrario.

Como se puede apreciar, el fundamento o finalidad del proceso contencioso administrativo es la posibilidad de un control jurídico de la actividad administrativa.¹³⁶

En palabras del maestro Eduardo García de Enterría:

“(...) cuando el juez reprocha la arbitrariedad a la Administración, no lo hace de una manera estimativa y por simple convicción subjetiva, de modo que se limite a una censura abstracta, sin contornos precisos; esto sería, en efecto, activismo judicial. Por el contrario, está aplicando la Ley y el Derecho, en este caso nada menos que la Constitución, y lo hace precisamente usando una técnica perfectamente objetivada para los juristas, la técnica de los principios generales del derecho (...)”.¹³⁷

¹³⁵ Para anular un acto administrativo, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en su artículo 59 dispone que:

“Son causas de nulidad de una resolución o del procedimiento administrativo:

a) La incompetencia de la autoridad, funcionario o empleado que haya dictado la resolución o providencia.
b) La omisión o incumplimiento de las formalidades legales que se deben observar para dictar una resolución o iniciar un procedimiento, de acuerdo con la ley cuya violación se denuncia, siempre que la omisión o incumplimiento causen gravamen irreparable o influyan en la decisión.”.

¹³⁶ Juan Carlos Benalcázar Guerrón, *La ejecución de la sentencia en el proceso contencioso administrativo* (México D.F.: Editorial Liber Iuris Novum S. de R.L. de C.V., 2011), 35.

¹³⁷ Eduardo García de Enterría, *Democracia, Jueces y Control de la Administración* (Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2009), 162.

La observancia del principio de interdicción de la arbitrariedad por parte de la Administración Pública y de los órganos que la conforman, implica que deben existir jueces independientes a las autoridades administrativas, que ejerzan la potestad jurisdiccional sin ningún temor y juzguen los actos administrativos arbitrarios que vulneren los derechos de los administrados. (División de funciones).

Como se dijo en otro apartado de este estudio, toda autoridad pública está sometida y limitada por el Derecho; por tanto no puede haber desvíos jurídicos en sus actuaciones.

Es deber de los jueces corregir las arbitrariedades de la autoridad y hacer que la Administración Pública se someta al Derecho. (Tutela de la juridicidad).

En palabras de Tomás Ramón Fernández:

(...) *juzgar a la Administración contribuye a administrar mejor*, porque al exigir una justificación cumplida de las soluciones en cada caso exigidas por la Administración obliga a ésta a analizar con más cuidado las distintas alternativas disponibles, a valorar de forma más serena y objetiva las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas y a pesar y medir mejor sus respectivas consecuencias y efectos, previniendo a las autoridades de los peligros de la improvisación, de la torpeza del voluntarismo, del amor propio de sus agentas, del arbitrio y de otros riesgos menos disculpables aún que éstos y no por ello infrecuentes en nuestra realidad cotidiana, de ayer y de hoy.¹³⁸ (La cursiva me pertenece).

Concuerdo con las palabras del catedrático citado, ya que las autoridades con tarea administrativa, ya no pueden actuar con libre albedrío porque saben que su actuación podría ser revisada por los jueces contencioso administrativos. Esto, como se aludió anteriormente, obliga a que las mismas no solo administren mejor, sino que principalmente actúen conforme a Derecho. Además de aquello, obligará a que sean

¹³⁸ Tomás Ramón Fernández, *De la Arbitrariedad de la Administración*, ob. cit., 126 y 127.

más responsables en su tarea y durante todo el procedimiento administrativo de formación de la voluntad de la Administración Pública.

Juzgar a la Administración como se apuntó anteriormente, contribuye a una mejor gestión administrativa de la misma y a la vez coadyuva al logro de los fines institucionales como organización servicial de la comunidad, al propio tiempo que protege los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.¹³⁹

Es importante también mencionar que es deber de los jueces contencioso administrativos, investigar la *verdad material* de la actuación administrativa puesta en su conocimiento, con el fin de lograr una administración de justicia administrativa efectiva, esto es, incluyendo en su estudio del caso, a todos los hechos acaecidos y actos emitidos en el procedimiento administrativo previo a la emisión del acto administrativo final. El artículo 40 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone que los jueces contencioso administrativos podrán disponer de oficio, antes de dictar la sentencia, la práctica de las pruebas que estimen pertinentes para su más acertada decisión del asunto controvertido. Es decir, para encontrar la *verdad material* de la actuación administrativa, incluyendo no solo los hechos aportados por las partes (verdad formal), sino también lo que los jueces encuentren con las diligencias probatorias que a su criterio consideren.

2.4.2 Control judicial de sentencias.

Así como a lo largo de este trabajo investigativo se ha explicado de la utilidad, existencia y necesario cumplimiento del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos o del poder público, también hay un sector de la doctrina que

¹³⁹ Tomás Ramón Fernández, *ob. cit.*, 128.

crítica este principio, y me refiero a dos juristas españoles como son Miguel Sánchez Morón¹⁴⁰ y Luciano Parejo Alfonso.¹⁴¹

Parejo¹⁴² por ejemplo ha manifestado que el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos es un principio demasiado abstracto y general; dando a entender que el poder judicial (los jueces de las salas de lo contencioso administrativo para nuestro tema de estudio) al realizar su control de legalidad actual juridicidad, no está exento de tomar decisiones tan arbitrarias como aquellas con las que pretende sustituir la decisión administrativa contraria a Derecho.¹⁴³

En parte puedo estar de acuerdo con este criterio, ya que no es suficiente con limitar solo el poder gubernamental y burocrático, sino a todas las autoridades del sector

¹⁴⁰ Lo señala Tomás Ramón Fernández a lo largo de su libro intitulado *De la Arbitrariedad de la Administración* citado en éste trabajo de investigación, a partir de la página 24 en la presentación del mismo, como en su desarrollo.

¹⁴¹ Sobre lo manifestado se puede encontrar en: Ramón Parada, *ob. cit.*, 108.

¹⁴² Luciano Parejo es duramente criticado por Tomás Ramón Fernández con respecto a los comentarios emitidos por el primero en contra del principio de interdicción de la arbitrariedad y su falta de utilidad. Tomás Ramón Fernández señala que el razonamiento de Parejo es “confuso y contradictorio, como siempre suele ocurrirle cuando, saliendo del ámbito jurídico urbanístico que es el suyo, aborda temas generales y se aventura más allá de la mera exposición de la literatura alemana, a la que suele dedicar siempre una parte importante de sus escritos. Por lo pronto, en el que ahora estoy comentando hay párrafos sencillamente ininteligibles (o que sería mejor –para él- no entender, para ser más exactos). Así el que dice: <<se olvida también que, en la Constitución, el principio de interdicción de la arbitrariedad está referido, tanto por su ubicación sistemática (Título Preliminar), como por su misma formulación, a todos los poderes públicos sin distinción y, por tanto, desde luego para el administrativo, pero también para el judicial. En consecuencia, por sí mismo y directamente no constituye un argumento válido para determinar el control de este último sobre el ejecutivo-administrativo>>. Es éste un auténtico *nonsense*, cuya lógica llevaría a negar a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico el carácter de argumentos válidos para juzgar, incluso, a los propios particulares, ya que tanto éstos como los jueces están vinculados a la una y al otro, según proclama el mismo precepto que consagra el principio de interdicción de la arbitrariedad. Pero esto es sólo una anécdota. Lo peor y lo que hace confuso el discurso argumental de Parejo en este punto es que no tiene una conciencia clara de lo que significan las palabras arbitrariedad y arbitrario, que no sigue una línea lógica definida y que involucra ab initio el problema de la arbitrariedad de una decisión administrativa con el de la eventual sustitución por el juez de esa decisión, que es un problema radicalmente distinto de aquél, que hay que plantear y resolver en otra sede y a partir de otros preceptos constitucionales y legales y de otros presupuestos conceptuales. Como yo tuve buen cuidado en separar ambas cuestiones en los escritos que Parejo tan desafortunadamente combate, me cuesta creer que el mezclarlos se deba sólo a mera torpeza, aunque no lo descarto, y no a un maniqueísmo consciente, que por elemental sería también torpe.” (Tomás Ramón Fernández, *ob. cit.* 146). (La cursiva me pertenece).

¹⁴³ Ramón Parada, *ob. cit.*, 108. (Aquí se hace alusión a la crítica de Miguel Sánchez Morón y Luciano Parejo).

público definido en el artículo 225 de la Constitución de la República¹⁴⁴. Pero la crítica de los juristas mencionados, se ha hecho en base a la realidad de sistema jurídico español; en el Ecuador, con respecto a la Función Judicial y a las sentencias que dictan los jueces, están sujetas a control tanto control legalidad, en materia contencioso administrativa, a través del recurso extraordinario de casación¹⁴⁵; como a control constitucional a través de una acción extraordinaria de protección¹⁴⁶.

Por eso, si los jueces rebasan su actuación dentro de los límites asignados por la ley, sus sentencias también pueden ser revisadas con el fin de ajustarlas conforme a Derecho y la crítica al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos realizada por Parejo y Sánchez Morón quedaría descartada.

En el presente capítulo se analizaron los derechos y garantías como la motivación, legalidad y su evolución a la juridicidad, respeto al debido proceso y la tutela judicial efectiva, cada uno de estos con diferentes exigencias y requisitos, mismos que sirven de límite en la actuación de las autoridades públicas, con el fin de prohibir la arbitrariedad.

¹⁴⁴ El artículo 225 de la Constitución de la República dispone: “El sector público comprende:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.”.

¹⁴⁵ El artículo 2 de la Ley de Casación dispone que el recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.

¹⁴⁶ El artículo 94 de la Constitución de la República dispone que “La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado”, en concordancia con el artículo 58 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que dispone que “La acción extraordinaria de protección tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución.”.

Estos derechos y garantías conforme lo dispone la Constitución de la República son de directa e inmediata aplicación por parte de toda autoridad pública, es decir, incluye a las autoridades que emiten actos administrativos y a los jueces que verificarán la conformidad a la juridicidad de esos actos administrativos.

En el caso de que el acto administrativo no esté conforme a Derecho, los jueces de las sala de lo contencioso administrativo tienen el deber de declarar la existencia de arbitrariedad y sustituir el acto arbitrario por uno conforme a Derecho con lo cual se realizará una verdadera tutela judicial efectiva de los derechos de los ciudadanos.

Al lograr que se emitan actos administrativos conformes a la juridicidad, respetando el debido proceso, motivados de manera suficiente y con el respaldo de la tutela judicial efectiva, *también se está garantizando el respeto al derecho a la seguridad jurídica*, contenido en el artículo 82 de la Constitución de la República, esto es, a la certeza que tienen los ciudadanos de que lo dispuesto por las normas jurídicas vigente se cumplirá a cabalidad¹⁴⁷.

A continuación en el capítulo final de esta tesis, se expondrán algunos temas y vicios de los actos administrativos que estudia la doctrina administrativista,

¹⁴⁷ La Corte Constitucional de Ecuador con respecto al principio de seguridad jurídica y la obligación del cumplimiento de las normas y derechos de las partes, dispuestos en los artículos 82 y 76 numeral 1 de la Constitución de la República ha manifestado que: “Los artículos citados emplazan como condición necesaria para la satisfacción del principio de seguridad jurídica y el debido proceso, la preexistencia y estabilidad de las prescripciones normativas que componen el ordenamiento jurídico, tanto desde la perspectiva de su vigencia, como de su aplicación a casos concretos. También, los principios involucrados remiten a la coherencia interna de las normas jurídicas; si bien no completamente posible desde una visión estática del ordenamiento jurídico, sí alcanzable por medio de mecanismos que la propia Norma Fundamental prevé para la solución de antinomias o integración de lagunas jurídicas. La seguridad jurídica solamente se consigue cuando al verificarse determinado supuesto fáctico, el ordenamiento jurídico responde con una solución que sea uniforme respecto de casos en que el mismo presupuesto se presente; mientras que la garantía de cumplimiento vincula la acción del organismo sustanciador a los componentes de dicho ordenamiento. Dicho lo anterior, huelgan mayores explicaciones respecto de por qué la seguridad jurídica y la obligación de aplicar las normas y derechos constituyen pilares del Estado constitucional de derechos y justicia. Ambas garantías bajo estudio constituyen principios de carácter bidimensional, dependiendo de la fuente del derecho de la que se trate. Dado que la seguridad jurídica implica la preexistencia de cualquier norma, constituye en sí misma la reivindicación de las normas y los mecanismos judiciales establecidos como formas de garantía de la tutela judicial efectiva de los derechos, tanto si nacen de una norma contenida en la Carta Suprema, como en la legislación secundaria. Así el principio puede ser protegido a través de su aplicación, tanto en sede constitucional como ordinaria, dependiendo de la fuente del derecho que se vea vulnerada.” Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N 227-12-SEP-CC, publicada mediante Suplemento del Registro Oficial No. 777 de 29 de junio de 2012.

relacionados también con la arbitrariedad, y se hará un énfasis en la implícita prohibición constitucional a la arbitrariedad en la emisión de actos administrativos, encontrada con los derechos y garantías revisados en el presente capítulo.

Capítulo III

3. Arbitrariedad, desvío de poder, discrecionalidad, razonabilidad y prohibición constitucional.

3.1 Arbitrariedad y desvío de poder.

El poder que es entregado a las autoridades para que ejerzan la función administrativa, puede dar lugar a abusos o desvíos del mismo, como menciona la cita del catedrático David Blanquer sobre la arbitrariedad en el subcapítulo 1.1 de este trabajo investigativo. Cuando aquello ocurre, estaríamos frente a lo que se denomina como desvío de poder.

En Francia, los desvíos de poder han sido “la falta de coincidencia entre *los fines que persigue la administración* con su actividad que normalmente son fines de interés general, interés social y de orden público, con otros fines que pueden perseguir los funcionarios o agentes administrativos... el desvío de poder es causa de anulación del acto.”¹⁴⁸ (Lo resaltado me pertenece).

El desvío de poder se relaciona íntimamente con la arbitrariedad, entendida esta como sea ha expuesto en este trabajo, como un acto o proceder contrario a Derecho, a la justicia, a la razón, originado solo por el capricho de la autoridad. Las autoridades públicas deben actuar observando al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, con ello, tener presente siempre, que no pueden hacer lo que su voluntad les ordene sino actuar con respecto al principio de legalidad actual juridicidad.

El desvío de poder se lo utiliza por ejemplo para conseguir fines distintos a los encomendados a las autoridades públicas, ya sean: *fines* privados o de la mera

¹⁴⁸ Miguel Acosta Romero (Fernández Ruiz, Jorge, coord.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, ob. cit., 126.

voluntad, causar daño al adversario político, obtener algún beneficio para algún allegado, entre otros.

¿Pero cómo y dónde se miden *los fines* que persiguen las autoridades de la Administración Pública?

La respuesta es: en el instrumento que sirve para que la Administración Pública manifieste su voluntad. Es decir, en el acto administrativo.

Como se manifestó en apartado anterior en el cual se habla del acto administrativo, éste recoge la voluntad de la Administración Pública, ya que pasa por un procedimiento de formación de la misma. El acto administrativo produce efectos jurídicos y para su existencia, necesita del cumplimiento de ciertos elementos.

Sobre los elementos del acto administrativo, la doctrina tiene varios criterios, unos autores estudian y establecen más elementos que otros; pero de manera general se coincide en que hay cuatro elementos esenciales los cuales mencionaré a continuación y que son: la competencia¹⁴⁹, el objeto o contenido del acto administrativo¹⁵⁰, la voluntad¹⁵¹ y la forma¹⁵².

¹⁴⁹ La competencia ya fue explicada en el punto 1.5 de esta tesis.

¹⁵⁰ El objeto es la finalidad o intencionalidad con que fue dictado el acto administrativo, misma que indica el propósito con se emitió la misma. Se presume que el objeto del acto administrativo es legítimo y conforme a Derecho ya que a través de esa intencionalidad está la protección del bien común. Lo que el acto administrativo decide, certifica u opina. El objeto del acto administrativo debe ser cierto, claro, preciso y posible física y jurídicamente. Es decir, no debe ser prohibido por el ordenamiento jurídico, ya que lo esencial del objeto es su conformidad con el derecho objetivo. Ver más en: Roberto Dromi, *ob. cit.*, 367, Patricio Secaira, *ob.cit.*, 187 y Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo, ob.cit.*, 200.

¹⁵¹ La doctrina enseña que la voluntad administrativa consiste en el ánimo administrativo con el que fue emitido el acto. Está compuesta por la voluntad subjetiva del funcionario y la voluntad objetiva del legislador (el procedimiento establecido en las normas para la formación de la voluntad administrativa). Ver más en: Roberto Dromi, *ob. cit.*, 368, Patricio Secaira, *ob.cit.*, 180 y Efraín Pérez, *ob. cit.*, 435 y 436.

¹⁵² Sobre este elementos la doctrina establece que sobre la forma como elemento del acto administrativo, se entiende al modo de cómo se instrumenta y se da a conocer la voluntad administrativa. Es decir, el modo de producción y exteriorización del acto administrativo final. No se puede concebir la existencia de un acto administrativo carente de forma (ya sea ésta verbal o escrita), ya que ella constituye un requisito de validez del acto administrativo. (Sobre lo señalado se puede profundizar en: Roberto Dromi, *ob. cit.*, 374; Efraín Pérez, *ob. cit.*, 436 y 437; Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo, ob.cit.*, 201, 202, 203, 204 y 205). Al hablar del elemento forma del acto administrativo, estamos hablando del procedimiento administrativo, los actos previos para la formación de la voluntad administrativa que se

Para el estudio de la desviación de poder, es necesario analizar la finalidad con la que fue emitido el acto administrativo y dentro de qué elemento o elementos se la puede ubicar.

Sobre la finalidad del acto administrativo, la doctrina no se pone de acuerdo dentro de qué elemento esencial ubicarla. Unos autores como el profesor Dromi la ubican dentro de la voluntad¹⁵³; otros como el jurista ecuatoriano Patricio Secaira, la relacionan con el objeto del acto administrativo¹⁵⁴ y otros la estudian como elemento aparte como el profesor Juan Carlos Cassagne¹⁵⁵. Este último autor citado menciona que:

El elemento finalidad configura otro requisito esencial del acto administrativo que se relaciona con el aspecto funcional del acto representado en el fin concreto de interés público o bien común que por él se persigue. Ya sea que, por reproducir lo que acontece con el Derecho Privado, se designe a este requisito bajo el nombre de causa, o bien, se lo ubique dentro de la propia voluntad, lo cierto es que prácticamente toda la doctrina, reduciendo las discrepancias terminológicas, reconoce su existencia como una condición de validez del pertinente acto administrativo.¹⁵⁶

En mi criterio, la finalidad del acto administrativo, en principio estaría dentro del objeto con el cual se emite el mismo, ya que el significado de objeto es el fin con que se dirige o encamina una acción¹⁵⁷. Pero también ese fin, se produce con una intención o propósito que es plasmado por la voluntad administrativa que como se ha dicho en

unificarán en la motivación y exteriorización del acto administrativo final, y de su posterior publicación o de cómo se notificó el mismo.

¹⁵³ Roberto Dromi, *ob. cit.*, 369.

¹⁵⁴ Patricio Secaira, *ob.cit.*, 187.

¹⁵⁵ Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo, ob.cit.*, 215.

¹⁵⁶ Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo, ob.cit.*, 215.

¹⁵⁷ Ver significado de objeto según la Real Academia Española en <http://lema.rae.es/drae/?val=objeto>.

varias ocasiones en este trabajo, se forma con el procedimiento administrativo. En este sentido también podríamos decir que tiene un poco del elemento voluntad.

Pero en lo que sí puede coincidir toda la doctrina es que la finalidad del acto administrativo tiene que ser encaminada con el interés público para conseguir el bien común, y ese interés público no puede ser otro que el que esté plasmado en el normativa jurídica vigente¹⁵⁸, ya que todas las autoridades de la Administración Pública solo puede hacer lo que la Constitución y la ley les permita¹⁵⁹. Por eso es que si la finalidad del acto administrativo, no está sujeta al interés público y ajustada a Derecho, el acto administrativo estaría viciado y no tendría validez, ya que como defiende la doctrina administrativa, entre ellos el profesor Luciano Parejo Alfonso¹⁶⁰, ninguna actividad de la Administración Pública escapa al Derecho, ya que éste es un medio y camino obligado para las autoridades públicas en el que se produce la tarea administrativa. Lo expuesto contribuye a que la actuación administrativa está vinculada con la juridicidad, en consecuencia, con observancia al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que estudiamos en esta tesis.

Es por eso que cuando la finalidad o intencionalidad con la que fue dictado el acto administrativo es diferente a los fines públicos por los que la competencia fue atribuida, el acto administrativo tiene vicio de nulidad del acto por desvío de poder.¹⁶¹

El concepto de desviación de poder nació en Francia, en las decisiones del Consejo de Estado, mismas que fueron desarrolladas lentamente con un estudio lento pero que

¹⁵⁸ Sobre esto ver: Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, ob.cit., 216; Roberto Dromi, ob. cit., 369 y Ramón Parada, ob. cit., 129.

¹⁵⁹ Conforme el artículo 226 de la Constitución de la República.

¹⁶⁰ Luciano Parejo Alfonso, *Manual de Derecho Administrativo, Volumen I, 4ta. Edición* (Barcelona: Ariel Derecho, 1998), 63.

¹⁶¹ Gustavo Penagos, *El acto administrativo* (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA., 2011), 429; Ramón Parada, ob. cit., 129.

fue evolucionando, con lo cual se creó una institución trascendental que permite penetrar en el fondo de la intencionalidad con la que se dictan los actos administrativos. Esto permite observar sacar a la luz el fin ilícito que ocultan en la aparente legalidad.¹⁶²

Dromi apunta que debe considerarse viciado un acto con desvío de poder, “cuando el administrador, sin estar jurídicamente autorizado, usa el poder de la ley con una finalidad distinta de la prevista por ella y persigue una finalidad personal o beneficiar a un tercero o beneficiar a la propia Administración.”¹⁶³.

Por su parte el catedrático español Ramón Parada¹⁶⁴ enseña que “la desviación del poder es cercana al abuso del derecho”¹⁶⁵, es decir, cuando las autoridades de la Administración Pública emiten actos administrativos rebasando los límites del Derecho, utilizando al poder con una finalidad antisocial y malintencionada, contrario al interés que el legislador plasmó en la ley.

El catedrático Santiago Muñoz Machado cita *sentencias del Tribunal Supremo Español con el fin de entender mejor al desvío de poder* de la siguiente manera:

(...) la *STS, Sala 3.ª, de 20 de noviembre de 1998*, establece que <<la jurisprudencia (*cfr. Sentencia de 19 de septiembre de 1992*) ha precisado los requisitos que deben concurrir para la apreciación del vicio desviación de poder: 1) Es necesario un acto aparentemente ajustado a la legalidad, pero que en el fondo persigue un fin distinto al interés público querido por el legislador; 2) Se presume que la Administración ejerce sus potestades conforme a Derecho; 3) No puede exigirse, por razón de su propia naturaleza, una prueba plena sobre la existencia de la desviación de poder, pero tampoco puede fundarse su apreciación en meras presunciones o conjeturas, siendo necesario acreditar la concurrencia de hechos o

¹⁶² Gustavo Penagos, *ob. cit.*, 430 y 431.

¹⁶³ Roberto Dromi, *ob. cit.*, 369.

¹⁶⁴ Ramón Parada, *ob. cit.*, 129.

¹⁶⁵ En concordancia con la cita de Parada, el Santiago Muñoz Machado manifiesta que en España el término desviación de poder “empieza a utilizarse como alternativo de las expresiones exceso de poder, abuso de poder y abuso de derecho. Cita en: Santiago Muñoz Machado, *Diccionario de Derecho Administrativo*, *ob. cit.*, 937.

elementos suficientes para formar en el Tribunal la convicción de que la Administración acomodó su actuación a la legalidad, pero con finalidad distinta a la pretendida por la norma aplicable>>.¹⁶⁶ (La cursiva me pertenece).

En otro apartado el mismo autor se refiere a una “delimitación técnica” de la desviación de poder que ha hecho la jurisprudencia en España apoyándose en los siguientes principios:

a) La desviación de poder se aplica como técnica de control a cualquier Administración Pública; b) puede existir desviación tanto por acción como por omisión; c) también puede existir desviación de poder en el ejercicio de las potestades regladas, y no sólo cuando se emplean potestades discrecionales; d) la desviación de poder puede concurrir con otros vicios que hagan anulable al acto; la prueba de la desviación corresponde a quien ejercita la acción, pero no pueden exigir pruebas imposibles y se puede exigir que pruebe los hechos la parte que puede hacerlo con más facilidad; e) concurrencia de causa ilícita.¹⁶⁷

Con estas explicaciones, tenemos como ejemplos de desviación de poder los siguientes: 1) cuando en la aprobación de un proyecto de carreteras como obra pública de interés social, no se piense solo en la utilidad pública sino en favorecer a un establecimiento hotelero de propiedad particular con el fin de conectarlo con la autovía; 2) cuando se modifica un plan de urbanismo con el propósito de ponerlo al servicio de un interés particular, es decir, legalización de obras que se haya ejecutado y su ilegalidad haya sido apreciada; 3) incluso en el desarrollo del procedimiento administrativo con una irregular tramitación del expediente administrativo, al atender

¹⁶⁶ Santiago Muñoz Machado, *Diccionario de Derecho Administrativo*, ob. cit., 939.

¹⁶⁷ Santiago Muñoz Machado, *Diccionario de Derecho Administrativo*, ob. cit., 940. Fundamenta el autor la cita realizada en la sentencia de 3 de julio de 2001, sentencia de 2 de junio de 1995, 14 de julio de 1995, 20 de noviembre de 1997, 14 de julio de 1998, 16 de marzo de 1999, 26 de octubre de 1999, 5 de abril de 2000, 13 de junio de 2000, 14 de noviembre de 2000, 9 de diciembre de 2000, 12 de diciembre de 2000, 13 de febrero de 2001 y 31 de mayo de 2001, emitidas por el Tribunal Supremo Español.

una petición de un administrado “amigo” de los funcionarios públicos de turno y otorgando una licencia por ejemplo, perjudicando a otro administrado que ingresó su petición de licencia antes que el favorecido con la atención ágil, 4) en el cese de funciones de un funcionario público en la que no se verifica motivación de carácter público sino una finalidad extrajurídica; 5) En el traslado administrativo de un funcionario público en la que no se verifique una necesidad de servicio, sino una deseo injustificado de la autoridad, entre otros.¹⁶⁸

De lo expuesto en este subcapítulo entendemos que *hay desvío de poder cuando las autoridades de la Administración Pública emiten actos administrativos con una finalidad que no tiene como horizonte satisfacer necesidades de los ciudadanos o estar acorde con el interés público*, sino complacer el deseo o capricho de la autoridad que lo dictó, ya sea favoreciendo a un tercero o por perjudicándolo.

Con estos requisitos, el acto administrativo emitido contiene un desvío de poder, que es el vicio que afecta a la finalidad del acto administrativo, contrario a la justicia, a la razón y al interés público plasmado en el ordenamiento jurídico y por el cual, al contener ese vicio en su emisión puede ser anulado¹⁶⁹ por los jueces contencioso administrativos¹⁷⁰.

En consecuencia, es un acto arbitrario que complace el capricho de la autoridad con lo cual se verifica la relación entre la arbitrariedad y el desvío de poder que pretende ser evitado con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. No olvidemos que el interés público no puede depender de la subjetividad administrativa o

¹⁶⁸ Ejemplos tomados de Santiago Muñoz Machado, *Diccionario de Derecho Administrativo*, ob. cit., 940 y 941.

¹⁶⁹ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, ob. cit., 475.

¹⁷⁰ El artículo 130 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) dispone en su numeral 1 que “Son anulables los actos de la administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, *incluso la desviación de poder*”. (Lo resaltado me pertenece).

del interés particular, sino del interés público señalado en la ley que siempre será un interés de servir eficientemente a los administrados y satisfacer sus necesidades.

En fin, se debe tener en cuenta que: “Los poderes administrativos no son abstractos, utilizables para cualquier finalidad; son poderes funcionales, otorgados por el Ordenamiento en vista de un fin específico, con lo que apartarse del mismo ciega la fuente de su legitimidad.”.¹⁷¹

3.2 Arbitrariedad y discrecionalidad.

La doctrina enseña que para realizar un análisis entre la Discrecionalidad y la Arbitrariedad es necesario partir del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, ya que este principio realiza una distinción entre la arbitrariedad, fruto de la mera voluntad o el puro capricho de los administradores y la discrecionalidad que cuenta con el respaldo mayor o menos, mejor o peor, de una fundamentación que lo sostiene.¹⁷²

En el análisis de los casos puestos en conocimiento del Tribunal Supremo Español, mediante sentencias de 13 de julio de 1984, de 21 de noviembre de 1985, 1 de diciembre de 1986, 19 de mayo de 1987 y otras, éste ha establecido que *discrecionalidad no es lo mismo que arbitrariedad*, ya que los dos conceptos son opuestos, con la siguiente explicación:

(...) lo discrecional se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso y no meramente de una calidad que lo haga inatacable, mientras lo arbitrario o no tiene motivación respetable, sino "pura y simplemente" la conocida «sit pro ratione voluntas» o la que ofrece lo es tal que

¹⁷¹ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *ob. cit.*, 475.

¹⁷² Tomás Ramón Fernández, *ob. cit.*, 81.

escudriñando su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación, su carácter realmente indefinible y su inautenticidad.

De lo citado se infiere que para diferenciar lo discrecional de lo arbitrario, hay que fijarse si existe motivación en las decisiones (plasmadas en actos administrativos) de las autoridades de la Administración Pública. La motivación como se manifestó en el subcapítulo dedicado a su estudio, es infaltable y obligatoria para justiciar los actos administrativos emitidos en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia como es el ecuatoriano y en un Estado de Derecho como el español.

Sabemos que arbitrariedad es un acto o proceder sin justificación jurídica, razonable o justa, sino más bien realizado por la sola voluntad o capricho de la autoridad, abusando así del poder que ostenta.

Para analizar el significado de discrecionalidad es necesario reflexionar en que las normas administrativas no alcanzan a regular con detalle todos los problemas que suceden en la tarea de la Administración Pública, contemplando todas y cada una de las situaciones que son parte de su ámbito de aplicación.¹⁷³

Para solucionar lo manifestado, las normas administrativas deben asignar a la actuación de las autoridades de la Administración Pública, un margen o marco de maniobra y decisión más o menos amplio¹⁷⁴, para que la decisión de la autoridad pueda tener varios caminos pero dentro de ese margen o marco establecido.

Este criterio ya fue expuesto en el numeral 1.4 del primer capítulo de este trabajo de investigación donde se hizo una breve referencia a las potestades regladas y discrecionales. Sobre las segundas se mencionó como ejemplo el nombramiento y remoción de un cargo de libre designación, donde la autoridad administrativa facultada

¹⁷³ Santiago Muñoz Machado, *Diccionario de Derecho Administrativo*, ob. cit., 969.

¹⁷⁴ Santiago Muñoz Machado, *Diccionario de Derecho Administrativo*, ob. cit., 969.

para aquello, puede designar o remover cuantas veces desee a un funcionario que ocupe uno de esos cargos, sin lesionar sus derechos, ni que su designación sea arbitraria.¹⁷⁵

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, ha establecido que actualmente no se admite la existencia de actos discrecionales, como sostenía la doctrina anteriormente, sino que algunos de los elementos de un acto administrativo tienen el carácter de discrecional.¹⁷⁶

Este criterio también es reconocido por el jurista Efraín Pérez cuando señala que “sería erróneo considerar que el poder discrecional se ejerce a través de la expedición de un acto administrativo “discrecional”¹⁷⁷, explica que lo correcto es que se expide un acto administrativo, en ejercicio del poder discrecional. Por ello concluye que “en el ejercicio del poder discrecional la autoridad expide, conforme a la normativa, el acto administrativo dentro de un margen mayor o menor de discrecionalidad.”¹⁷⁸. La discrecionalidad está en un elemento o en una parte del acto administrativo, pero nunca en la totalidad de los elementos del mismo.

Como se ha expuesto en esta tesis y conforme el artículo 226 de la Constitución de la República, las autoridades de la Administración Pública solo pueden ejercer las competencias y facultades establecidas en la ley. En este sentido, la ex Corte Suprema ha establecido que:

¹⁷⁵ Como ejemplo de lo afirmado, se puede revisar el artículo 85 de la Ley Orgánica de Servicio Público - LOSEP- que a su tenor dispone: “Servidoras y servidores públicos de libre nombramiento y remoción.- *Las autoridades nominadoras podrán designar*, previo el cumplimiento de los requisitos previstos para el ingreso al servicio público, y *remover libremente* a las y los servidores que ocupen los puestos señalados en el literal a) y el literal h) del Artículo 83 de esta Ley. La remoción así efectuada no constituye destitución ni sanción disciplinaria de ninguna naturaleza.” (La cursiva me pertenece). En el artículo 83 literales a) y h) a los que se refiere el artículo 85 referido de la LOSEP enumera los cargos excluidos del sistema de carrera administrativa, considerados como de libre nombramiento y remoción.

¹⁷⁶ Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, publicada en la Gaceta Judicial 9, Serie 17 de 31 de mayo de 2002.

¹⁷⁷ Efraín Pérez, *ob. cit.*, 461.

¹⁷⁸ Efraín Pérez, *ob. cit.*, 461.

(...) Así concebidos esta clase de actos, es evidente que ellos, han de ser originados únicamente en la Ley, que es su única fuente de origen, y como enseña la doctrina, al darle origen la Ley determina a los mismos *cuatro elementos reglados en toda potestad discrecional, los cuales son: La existencia misma de la potestad, su extensión (que nunca podrá ser absoluta), la competencia para actuar, que se refiere a un ente y dentro de este a un órgano determinado y no a cualquiera, y, por último, el fin porque todo poder es conferido por la ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero que en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad pública.* (La cursiva me pertenece).¹⁷⁹

La Corte Constitucional de Colombia también ha aportado con un interesante criterio, al establecer mediante sentencia No. SU-917 de 2010 de 16 de noviembre de 2010 que:

La discrecionalidad que excepcionalmente otorga la ley nunca es absoluta, con lo cual se evita que se confunda con la arbitrariedad y el capricho del funcionario. La discrecionalidad relativa atenúa entonces la exigencia de motivación de ciertos actos, aún cuando no libera al funcionario del deber de obrar conforme a los principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa y podrían dar lugar a la nulidad de actos por desviación de poder o por las causales previstas en el artículo 84 del CCA. (La cursiva me pertenece).

Si bien la potestad discrecional no es absoluta o libre para la Administración Pública, sí contempla un rango amplio de acciones o alternativas posibles que pueden tomar las autoridades (libertar de actuar en un sentido o en otro), pero siempre dentro de las competencias establecidas por la ley, lo cual haría que estas acciones también sean válidas jurídicamente. Dentro del ejercicio de la potestad discrecional la competencia de la autoridad, no tiene establecida la decisión que debe tomar la autoridad de manera rígida, sino que la norma le permite aplicar el criterio más adecuado y justo para conseguir los cometidos públicos.

¹⁷⁹ Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, publicada en la Gaceta Judicial 9, Serie 17 de 31 de mayo de 2002.

Con todo lo anteriormente expuesto, queda claro que lo discrecional no es lo mismo que lo caprichoso o dictado por la mera voluntad de la autoridad, es decir, no es lo mismo lo discrecional como libertad de actuar dentro del margen establecido por la ley y lo arbitrario injusto y despótico¹⁸⁰.

3.3 La prohibición constitucional de la arbitrariedad en la emisión de actos administrativos de la Administración Pública en el derecho ecuatoriano.

Como se ha expuesto, este trabajo de investigación parte del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, contenido en la Constitución Española en su artículo 9 numeral 3 y desde el rechazo tajante que hace este principio, a los actos de autoridad pública sin justificación y contrarios a la juridicidad.

Este principio ha sido estudiado por brillantes juristas de España como el maestro Eduardo García de Enterría quien enseña que:

(...) lo que la prohibición de la arbitrariedad condena es, justamente, la falta de un fundamento objetivo; *la Constitución no admite que el poder público, en cualquiera de sus expresiones, se ejerza por la sola voluntad del agente o de su capricho, simplemente. Exige que en cualquier decisión del poder público se hagan presentes los valores superiores del ordenamiento jurídico que formula el artículo.*¹⁸¹ (La cursiva me pertenece).

En estudios posteriores, el maestro García de Enterría junto a Tomás Ramón Fernández, apuntan que el significado y alcance del principio de interdicción de la arbitrariedad no puede quedarse en una simple condena a la tiranía y al despotismo, ya

¹⁸⁰ Sin sujeción a la ley. Lo arbitrario supone infracción a la misma.

¹⁸¹ Eduardo García de Enterría, *¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota*, Revista de Administración Pública Número 124, enero-abril, 1991, 225.

que eso sería restarle importancia y que no se consiga lo que en realidad pretende este principio del derecho.¹⁸²

Han expresado que la novedad de este principio, es que en un Estado social y democrático de Derecho como el español, se deben defender como valores superiores a la libertad, justicia, igualdad y pluralismo jurídico, por lo que a lo largo del repertorio del ordenamiento jurídico deben existir garantías que aseguren la efectividad de esos valores superiores; esto haría como exigencia imperativa e inexcusable que toda decisión emanada del poder público debe ser razonablemente¹⁸³ emitida. Es decir, el simple “porque sí” o las decisiones tomadas sin fundamentos por las autoridades públicas quedan totalmente erradicadas.¹⁸⁴

Se debe tener presente que el fin principal del Derecho Administrativo, es el de limitar el poder público para que este no sea ejercido de manera antojadiza, ilimitada o arbitraria, pero en este caso, con el apoyo del Derecho Constitucional además de aquello, también se pretende que se cuenten como herramientas que ayuden a hacer efectivos los derechos constitucionales de los administrados.

Es decir, en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia como el ecuatoriano, las autoridades de la Administración Pública tienen límites en su actuación en la tarea administrativa diaria, y esos límites son los derechos y garantías de los ciudadanos para defenderse contra los atropellos del abuso poder.

Juan Carlos Cassagne apunta un criterio aceptado por la doctrina y la jurisprudencia, y es que “las prescripciones constitucionales no deben interpretarse en forma literal

¹⁸² Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *ob. cit.*, 486.

¹⁸³ La razonabilidad será expuesta en el siguiente subcapítulo.

¹⁸⁴ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *ob. cit.*, 486.

sino, fundamentadamente, en atención a los fines que persiguen, máxime cuando se trata de principio generales o de garantías jurídicas.”.¹⁸⁵

En la Constitución de la República del Ecuador, no está contenido de manera expresa, ni positivado, el principio de interdicción de la arbitrariedad; pero considero que está contenido implícitamente dentro de la arquitectura constitucional, en el conjunto de derechos y garantías expuestos en el capítulo 2 de esta tesis como son: la motivación¹⁸⁶, legalidad actual juridicidad¹⁸⁷, debido proceso¹⁸⁸ y tutela judicial efectiva¹⁸⁹, ya que los fines que persiguen los mismos, son limitar que las autoridades de la Administración Pública emitan actos administrativos arbitrarios, sin una motivación suficiente, contrarios a Derecho, sin respetar el procedimiento administrativo y sin perseguir los fines públicos como el buen vivir.

De encontrarse implícito en nuestra Constitución de la República el principio de interdicción de la arbitrariedad del poder público, éste sirve para limitar y poner un freno al ejercicio arbitrario del poder y por ello también en la emisión de actos administrativos (arbitrariedad administrativa), ya que como manifiesta Jaime Rodríguez Arana:

(...) es verdad que muchos principios han llegado al mundo jurídico como consecuencia del trabajo de la doctrina y la jurisprudencia...Podría decirse que son fundamento y que el ordenamiento se justifica en la medida en que dichos principios inspiran y presiden el sistema normativo ... Tanto que si no fuera por ellos, probablemente la lucha contra las

¹⁸⁵ Juan Carlos Cassagne, *La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial*, (<http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/La%20prohibici%C3%B3n%20de%20arbitrariedad%20y%20el%20control%20de%20la%20discrecionalidad%20administrativa%20por%20el%20poder%20judicial-ult.%20versi%C3%B3n-LL-10-09-08.pdf>), 3.

¹⁸⁶ Artículo 76, numeral 7, literal l) de la Constitución de la República.

¹⁸⁷ Artículo 226 de la Constitución de la República.

¹⁸⁸ Artículo 76 de la Constitución de la República.

¹⁸⁹ Artículo 75 de la Constitución de la República.

inmunidades del poder de la que habla García de Enterría hubiera sido desigual y con un claro vencedor.¹⁹⁰

Aplicando la cita a lo presentado en esta tesis, se puede colegir que el principio de interdicción de la arbitrariedad -también principio general del derecho público- preside el sistema jurídico ecuatoriano en el cual se pretende garantizar el respeto de los derechos y garantías constitucionales por toda autoridad pública, y el fin que persigue nuestra Ley Fundamental es prohibir que se sustituya la voluntad de la ley por la voluntad de la autoridad, ya que conforme lo dispone su artículo 226, toda autoridad pública debe ejercer solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley y no más.

Es una obligación principal del Estado ecuatoriano, tutelar los derechos de los ciudadanos con el fin de conseguir que ellos tengan la tranquilidad de que siempre brillará la justicia (a través de la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica), se seguirá un debido proceso, el derecho a la igualdad¹⁹¹ y se podrá actuar libremente siempre y cuando no se viole la ley.

Montesquieu ha señalado que “la preservación de la libertad de las personas se presenta como el principio fundamental del sistema político que hace al equilibrio del

¹⁹⁰ Jaime Rodríguez Arana, *Ob. cit.*, 173 y 174.

¹⁹¹ Contenida en los artículos 11 numeral 2 y 66 numeral 4 de la Constitución de la República que disponen:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 2. *Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.* Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la *igualdad* real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad. (La cursiva me pertenece).

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 4. *Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.* (Lo resaltado me pertenece).

poder y a la necesidad de evitar el abuso de éste último.”¹⁹². Por lo dicho, ha sostenido que una Constitución sólo “puede ser tal que nadie esté obligado a hacer las cosas no preceptuadas por la ley y a no hacer las permitidas.”¹⁹³.

Es decir, a través del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos -implícitamente contenido en la Constitución de la República del Ecuador-, todas las autoridades públicas deben justificar, motivar, argumentar, de manera razonada y en apego a la juridicidad, todas y cada una de las decisiones plasmadas en los actos administrativos y que también se extiende a la arbitrariedad judicial con los mecanismos expuestos en este trabajo.

3.4 La razonabilidad en la emisión de actos administrativos como fundamento de la prohibición de la arbitrariedad administrativa.

Partiendo de que toda actividad administrativa plasmada en un acto administrativo debe ser legítima, legal y sobre todo razonable, es pertinente dedicar un espacio en esta tesis a la razonabilidad en esos actos administrativos.

Según la Real Academia Española razonabilidad significa “cualidad de razonable.”¹⁹⁴ Y razonable a la vez significa “Arreglado, justo, conforme a razón.”¹⁹⁵. De la cita se entiende que una decisión que sea razonable o que respete la razonabilidad, estará en el marco de lo socialmente aceptado, dentro del respeto por los valores y la moral. Esto es, lógico, legítimo y justo.

¹⁹² Cassagne, Juan Carlos, *La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial*, ob. cit., 5.

¹⁹³ Cassagne, Juan Carlos, *La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial*, ob. cit., 5.

¹⁹⁴ Definición según la Real Academia Española. (<http://lema.rae.es/drae/?val=razonabilidad>).

¹⁹⁵ Definición según la Real Academia Española. (<http://lema.rae.es/drae/?val=razonable>).

Toda decisión administrativa se hace por alguna razón y para conseguir un determinado fin público, un por qué y un para qué. La doctrina colombiana asevera que:

El concepto de razonabilidad de la decisión gubernativa tiene cierto sabor modernizante en el derecho administrativo, en cuanto que su entorno jurídico apenas empieza a dibujarse en las altas cortes y los publicistas escasamente lo mencionan para efectos del análisis del control judicial (...).¹⁹⁶

Sin duda la razonabilidad apareció en los fallos judiciales en el control de juridicidad de las decisiones administrativas, en defensa de los derechos de los administrados, de lo coherente y de la justicia.

La razonabilidad en el Ecuador, se encuentra en el artículo 6 del Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública (publicado mediante Registro Oficial No. 686 de 18 de octubre del 2002), mismo que contiene al principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual señala que estos dos principios son los más idóneos para el control de juridicidad que realizan los jueces de los actos administrativos.

Roberto Dromi enseña que “el acto administrativo es irracional –y, por tanto arbitrario- cuando el objeto es absurdo, contradictorio o desproporcionado.”.¹⁹⁷

Linares por su parte apunta que en la ciencia del derecho el tema de la razonabilidad aparece conectado a la búsqueda de la razón suficiente de la conducta estatal. “Esta razón puede ser de esencia, cuando la conducta se funda en una norma

¹⁹⁶ Jaime Ossa Arbeláez, *Derecho administrativo sancionador*, 2ta. Edición (Bogotá: Legis Editores S.A., 2009), 267.

¹⁹⁷ Roberto Dromi, *ob. cit.*, 369.

jurídica, de existencia, cuando el fundamento es el mero hecho de que el comportamiento jurídico se da; y de verdad cuando tiene fundamentos de justicia^{198,199}.

Es decir, la decisión plasmada en el acto administrativo debe tener sentido y debe ser una consecuencia de lo expuesto en los fundamentos de hecho y de derecho. Las autoridades públicas deben hacer una valoración razonable de estos fundamentos y con el fin de adecuarlos al fin perseguido por el Derecho Público vigente.

Por su parte, el profesor Manuel Atienza enseña que: “el ideal del Estado constitucional supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: el imperio de la fuerza de la razón, frente a la razón de la fuerza.”.²⁰⁰

De lo expuesto entendemos que, todo acto administrativo debe tener un sustento razonable, sino fuera así “la administración tendría el campo abierto para la arbitrariedad y a la alteración de valores de la simple lógica, del buen sentido, del derecho y la equidad.”.²⁰¹

La razonabilidad entonces también sirve como instrumento de apoyo al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, obligando a que el poder se someta al Derecho y a la razón, emitiendo actos administrativos coherentes, justos y equitativos. Las decisiones de las autoridades públicas no pueden ser contradictorias; es decir, no puede ser un camino que se exponga en la parte considerativa y un resultado contrario el que esté en la parte resolutive. Todo el contenido del acto administrativo debe tener una secuencia y un resultado o motivación coherente e impecable. Solo así la decisión de la autoridad pública será legítima.

¹⁹⁸ Juan Francisco Linares, *Razonabilidad de las leyes 2º ed. act.* (Buenos Aires: Astrea, 1970), 160.

¹⁹⁹ Juan Carlos Cassagne, *La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial*, ob. cit., 7.

²⁰⁰ Manuel Atienza, *Argumentación jurídica y estado constitucional*, Estudios Jurídicos, 354.

²⁰¹ Jaime Ossa Arbeláez, ob. cit., 267.

La Corte Constitucional colombiana ha instituido que “la razonabilidad hace relación a que un juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para cada caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad.”.²⁰² Este criterio de la Corte Colombiana respalda lo expuesto anteriormente sobre la razonabilidad.

La referida Corte ha calificado a la arbitrariedad como antagonista de la razonabilidad señalando que “la razón jurídica de la razonabilidad y de la proporcionalidad no es otra que la necesidad de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”.²⁰³ Esto conlleva a respetar este principio previo a la emisión de actos administrativos por parte de las autoridades.

En fin, se ha comprobado que la razonabilidad ayuda al combate de la arbitrariedad administrativa en la emisión de sus actos, para que estos sean elaborados con prudencia, coherencia, sin contradicciones y conforme a los argumentos fácticos y jurídicos que se expongan en ellos. Solo así se alcanzará en las decisiones administrativas el respeto a los derechos y la justicia social, evitando decisiones absurdas e incoherentes, en las cuales se ponderen otros intereses que no sean los de la norma, que harían que la decisión administrativa se convierta en arbitraria.

En este capítulo final se han expuesto temas relacionados con la arbitrariedad como el desvío de poder que es la falta de coincidencia de los actos administrativos, con los fines públicos contenidos en el ordenamiento jurídico; y también se hizo alusión a la diferencia que existe con la discrecionalidad misma que debe tener un mayor o menor

²⁰² Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-530 de noviembre de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero, *Gaceta Corte Constitucional*, T. 11, de noviembre de 1993. p. 115.

²⁰³ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-015 de 25 de enero de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero, *Gaceta de la Corte Constitucional*, T. I de 1994, p. 339.

grado de fundamento o motivación, en tanto que lo arbitrario no tiene motivación o justificación jurídica alguna.

También se ha hecho un especial énfasis en el punto principal de esta tesis, que es la prohibición de arbitrariedad en la emisión de actos administrativos que se encuentra implícita en la Constitución de la República del Ecuador, con los derechos y garantías tales como la motivación, legalidad y su posterior evolución a la juridicidad, el respeto al debido proceso y la tutela judicial efectiva, mismos que son de directa e inmediata aplicación por las autoridades públicas que emiten actos administrativos.

Respetados que hayan sido esos derechos y garantías constitucionales, las autoridades públicas deben velar también por la razonabilidad en los actos administrativos que emitan, ya que todo acto administrativo se lo emite por alguna razón y debe ser una razón coherente, lógica y sin contradicciones. Todo lo expuesto nos permitirá emitir las conclusiones correspondientes, fruto de esta tesis.

Conclusiones:

- Hemos visto que el principio de interdicción de la arbitrariedad significa la prohibición y limitación que tiene la Administración Pública de actuar conforme a la mera voluntad, sin sujetarse a la juridicidad, esto es al Derecho vigente en todo su conjunto. Por ello, este principio tiene gran importancia en el Derecho Público Moderno, ya que evita reino de la actividad administrativa arbitraria.
- Otra conclusión principal que se ha logrado con este trabajo de investigación, es probar que el principio de interdicción de la arbitrariedad se encuentra implícitamente contenido en la Constitución de la República del Ecuador calificada por la doctrina como *garantista*, ya que tiene varias normas que velan por el respeto de los derechos básicos de los seres humanos como son el debido proceso, la motivación de las actuaciones de las autoridades públicas, la juridicidad y la tutela judicial efectiva, mismos que fueron expuestos a lo largo de este trabajo y que son de directo, inmediato y obligatorio cumplimiento por toda autoridad pública, sea administrativa, judicial o cualquier otra. El fin de estos derechos y garantías es el de limitar y prohibir cualquier actuación arbitraria. Adicionalmente se debe precisar que con la observancia y cumplimiento de los derechos y garantías referidos, también se está garantizando el respeto al derecho a la seguridad jurídica, es decir, a la certeza que tienen los administrados de que lo dispuesto en el ordenamiento jurídico vigente se cumplirá a cabalidad.

- El principio de interdicción de la arbitrariedad implícitamente contenido en la Constitución de la República del Ecuador, es un instrumento de control para que *los jueces contencioso administrativos* al realizar un control de legalidad, *actual juridicidad*, protejan los derechos, intereses y libertades de las personas, sometiendo a la Administración Pública al Derecho vigente.
- Actualmente, en el Estado constitucional de derechos y justicia como es el caso ecuatoriano, el Derecho Constitucional tiene el apoyo del Derecho Administrativo y los dos se constituyen en una muralla contra la arbitrariedad. Es decir, el Derecho Constitucional se refuerza con el Derecho Administrativo con miras a que cada vez se respeten más las libertades y los derechos de los ciudadanos dueños del poder que se entrega a las autoridades públicas. Por ello es que ahora podemos hablar de la *Constitucionalización del Derecho Administrativo*.
- No se puede exigir menos en estos tiempos a las autoridades de la Administración Pública con tarea administrativa, que motiven de manera suficiente las razones que han llevado a éstas a elegir una solución concreta, de las demás soluciones posibles, y plasmarla en un acto administrativo. Es deber de los jueces declarar la existencia de la arbitrariedad en decisiones carentes de motivación ya que de ser así, serían decisiones o actos administrativos emitidos con fundamento en la mera voluntad o capricho de la autoridad, lo cual es inadmisibles en un Estado Constitucional de derechos y justicia. Como se explicó a lo largo de este estudio, la exigencia a las autoridades públicas de que expongan las razones de la decisión adoptada en los actos administrativos, es

algo que nos debe preocupar a todos ya que es una garantía contenida en la Constitución de la cual necesitaremos en algún momento de nuestras vidas.

- La falta de motivación, el irrespeto al derecho vigente y al procedimiento administrativo en la emisión de actos administrativos de la Administración Pública, tienen rango constitucional y se constituyen en vicios de arbitrariedad, con lo cual se afecta la validez de ese acto administrativo emitido conforme a la voluntad o al capricho de la autoridad.
- El control jurídico de los actos administrativos de la Administración Pública, contribuye a que la misma tenga una gestión administrativa más eficiente; esto es, a que actúe en forma más serena en el desarrollo del procedimiento de formación de la voluntad de la Administración Pública, analizando detenidamente las consecuencias y efectos que el acto administrativo emitido pueda generar. Solo de esta manera, se evitará la torpeza administrativa o peor que eso, la imposición de la voluntad o el capricho de la autoridad, es decir, la arbitrariedad que es inadmisibles. Incluso considero que otro efecto paralelo será que se busquen los perfiles profesionales más idóneos para ocupar los cargos públicos, a fin de garantizar una gestión administrativa de calidad y eficiente.
- Conforme lo expuesto sobre la tutela judicial efectiva, los derechos son plenamente justiciables ya que es deber de las y los jueces garantizar su pleno ejercicio y respeto por parte de toda autoridad pública. La tutela judicial efectiva es un derecho fundamental para la defensa y protección de los demás derechos de los ciudadanos cuando una autoridad pública pretenda lesionarlos con sus

infundadas decisiones. Pero ese control judicial de las actuaciones administrativas, como se manifestó en este trabajo de investigación, debe realizarse de manera pronta y oportuna, sin dilaciones indebidas ni formalismos inútiles, para que con ello el ciudadano consiga una justicia efectiva, esto es, una justicia perfecta.

- Para lograr la tutela judicial efectiva, es imperativo que las juezas y jueces de la justicia contencioso administrativa, cuando realicen control de legalidad-juridicidad, sustituyan el acto administrativo arbitrario por uno conforme a Derecho, cumpliendo con el deber de motivar y argumentar de manera suficiente el por qué lo hacen e incluso tratar de que se repare el daño causado por el acto administrativo arbitrario.
- La razonabilidad evoca un comportamiento administrativo lógico, que no sea absurdo ni contrario a los fines públicos contenidos en la norma jurídica. Las autoridades de la Administración Pública, previo a la emisión del acto administrativo deben hacer una inferencia jurídica válida, conforme a los argumentos fácticos y jurídicos que se exponen en el acto. Esto es, un estudio jurídico pormenorizado del caso que tenga como consecuencia que se tome una decisión razonable y justa.
- El respeto del debido proceso, en el desarrollo del procedimiento administrativo previo a la emisión de todo acto administrativo, la motivación y debida argumentación jurídica, implican no solo garantías para el administrado, sino también persiguen garantizar la juridicidad del obrar administrativo, y que a

través de aquello, se alcancen los cometidos públicos planteados y se respete la razonabilidad.

- El procedimiento administrativo tiene como fin la producción de un acto administrativo, si el procedimiento administrativo está viciado, el acto administrativo también lo estará. La observancia del procedimiento administrativo es ineludible.
- Si se cumpliera todo lo aquí expuesto, el acto administrativo emitido por las autoridades de la Administración Pública, sería inobjetable jurídicamente y sobretodo justo.

Bibliografía:

1.1 Normativa:

- Constitución de la República del Ecuador, publicada mediante Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
- Código Orgánico de la Función Judicial, publicado mediante Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009.
- Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, dispuesto en Decreto Ejecutivo No. 2428, publicado mediante Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.
- Ley de Casación, publicada mediante Suplemento del Registro Oficial No. 299 de 24 de marzo de 2004.
- Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa., publicada mediante Registro Oficial No. 338 de 18 de marzo de 1968.
- Ley Orgánica de Servicio Público, publicada mediante Suplemento del Registro Oficial No. 294, de 6 de octubre de 2010.

- Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública, dispuesto en Decreto Ejecutivo No. 3179, publicado mediante Registro Oficial No. 686 de 18 de octubre de 2002.

1.2 Doctrina:

- Atienza, Manuel, *Argumentación jurídica y estado constitucional*, Estudios Jurídicos.
(<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/anjuris/cont/261/pr/pr9.pdf>).
- Ávila Santamaría, Ramiro, *El neoconstitucionalismo transformador, el Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Ediciones Abya-Yala, Universidad Andina Simón Bolívar, 2011.
- Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, *Derecho Procesal Administrativo*, Quito, Andrade&Asociados Fondo Editorial, 2007.
- Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, *La ejecución de la sentencia en el proceso contencioso administrativo*, México D.F., Editorial Liber Iuris Novum S. de R.L. de C.V., 2011.
- Blanquer, David, *Derecho Administrativo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010.
- Bocanegra Sierra, Raúl, *Lecciones sobre el acto administrativo*, Tercera edición, Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 2006.

- Borja, Rodrigo, *Enciclopedia de la Política*, Tomo II, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2012.
- Bustamante Bustamente, Noé, *Locuciones Latinas en Materia Jurídica*, Bloomington, Palibrio, 2012.
- Carbonell, Miguel, *neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*, Quito, Cevallos editora jurídica, 2010.
- Cassagne, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires-Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2009.
- Cassagne, Juan Carlos, *La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial*, <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/La%20prohibici%C3%B3n%20de%20arbitrariedad%20y%20el%20%20control%20%20de%20la%20discrecionalidad%20administrativa%20por%20el%20poder%20judicial-ult.%20versi%C3%B3n-LL-10-09-08.pdf>.
- Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, T. II, Lima, Palestra Editores SAC, 2010.
- Cordero Ordóñez, Patricio, *El Silencio Administrativo*, Quito, Editorial El Conejo, 2009.

- *Diccionario Jurídico Espasa*, Madrid, Fundación Tomás Moro, 2006.
- Eguiguren, Genaro, *Visión de la Administración Pública en la Nueva Constitución*, en *La nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones*, Quito, Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2009.
- Escuin Palop, Catalina, *Curso de Derecho Administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- Eto Cruz, Gerardo, *El Derecho Procesal Constitucional: Su desarrollo jurisprudencial*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2011.
- Fernández Ruiz, Jorge, coor., *Diccionario de Derecho Administrativo*, México D.F., Editorial Porrúa, 2006.
- Fernández, Tomás Ramón, *De la Arbitrariedad de la Administración*, Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 2008.
- Ferrajoli, Luigi, *La Democracia Constitucional* en Desde otra mirada; Textos de Teoría Crítica de Derecho; Christian Courtis, compilador, Buenos Aires, Eudeba, 2001.

- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, Notas de Agustín Gordillo, Buenos Aires, Civitas Ediciones S.L. y Editorial La Ley S.A.E. e I., 2006.
- García de Enterría, Eduardo, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 2009.
- García de Enterría, Eduardo, *¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota*, Revista de Administración Pública Número 124, enero-abril, 1991. (http://www.larioja.org/upload/documents/684924_RAP_N_124-1991.Es_inconveniente_o_inutil.pdf).
- Gascón Abellán María y García Figueroa Alonso, *La argumentación en el Derecho*, Lima, Palestra, 2005.
- Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.
- Jinesta Lobo, Ernesto, *Motivación de la actuación administrativa y principio de interdicción de la arbitrariedad: Legitimación democrática de las Administraciones Públicas*, (www.ernestojinesta.com; en el link de Artículos Revista, sexto artículo).

- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 16^a ed., Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1979.
- Jorge Fernández Ruiz, coor., *Diccionario de Derecho Administrativo*, México D.F., Editorial Porrúa, 2006.
- López Ruiz, Miguel y López Olvera, Miguel Alejandro, *Estructura y Estilo en las Resoluciones Judiciales*, México D. F., Editorial Liber Iuris Novum S. de R. L. de C. V., 2012.
- Montaña Pinto, Juan y Pazmiño Freire, Patricio, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, en *Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano*, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), 2013.
- Morales Tobar, Marco, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
- Morales Tobar, Marco, *Acción de Habeas Data en Viabilidad de las Garantías Jurisdiccionales*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012.
- Morales Tobar, Marco, *Análisis y Actualidad del Derecho Administrativo*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.

- Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo*, T.1, Madrid, Iustel, 2006.
- Muñoz Machado, Santiago, *Diccionario de Derecho Administrativo*, T.II, Madrid, Iustel, 2005.
- Ossa Arbeláez, Jaime, *Derecho Administrativo Sancionador*, 2ta. Edición, Bogotá, Legis Editores S.A., 2009.
- Oyarte, Rafael, *Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.
- Parada, Ramón, *Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2012.
- Parejo Alfonso, Luciano, *Manual de Derecho Administrativo*, Volumen I, 4ta. Edición, Barcelona, Ariel Derecho, 1998.
- Parejo Alfonso, Luciano y Dromi, Roberto, *Seguridad Pública y Derecho Administrativo*, Bueno Aires – Madrid, Ciudad Argentina – Marcial Pons, 2001.
- Penagos, Gustavo, *El Acto Administrativo*, Tomo I, Novena Edición, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2011.

- Peña Freire, Antonio, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Editorial Trotta, 1997.
- Pérez, Efraín, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.
- Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2006.
- Rodríguez Arana, Jaime, *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*, México D.F., Editorial Liber Iuris Novum S. de R.L. de C.V., 2011.
- Rodríguez, Libardo, *Derecho Administrativo General y Colombiano*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2011.
- Secaira, Patricio, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, Quito, Editorial Universitaria, 2004.

Villacrés López, Juan Fernando, *La aplicación directa de la Constitución frente al prevaricato en Ecuador*, en *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013.

- Zaidán Salim, *Neoconstitucionalismo “Teoría y Práctica en el Ecuador”*, Quito, Cevallos editora jurídica, 2012.
- Zavala Egas, Jorge, *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*, Guayaquil, Edilex S.A. Editores, 2010.
- Zavala Egas, Jorge, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Guayaquil, Edilex S.A. Editores, 2011.

1.3 Otros:

- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-530 de noviembre de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero, Gaceta Corte Constitucional, T. 11, de noviembre de 1993.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-015 de 25 de enero de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero, Gaceta de la Corte Constitucional, T. I de 1994.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia No. SU-917 de 2010 de 16 de noviembre de 2010.
- Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N 027-09-SEP-CC de 08 de octubre de 2009, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 58 el 30 de octubre de 2009.

- Corte Constitucional del Ecuador, Resolución No. 041-10-SEP-CC de 16 de septiembre de 2010, publicada en el Registro Oficial 294-S de 6 de octubre de 2010.
- Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 001-10-PJO-CC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 351 de 29 de diciembre de 2010.
- Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 007-11-SEP-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 572 de 10 de noviembre de 2011.
- Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N 227-12-SEP-CC, publicada mediante Suplemento del Registro Oficial No. 777 de 29 de junio de 2012.
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, resolución No. 2007-11155 de 1 de agosto de 2007, dentro del expediente No. 05-6979-0007-CO.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 2 de febrero de 2001.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú, sentencia de 6 de febrero de 2011.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006.

- Ex - Corte Suprema de Justicia, actual Corte Nacional de Justicia, sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10 de 2 de julio de 2002, 3346.
- Ex - Corte Suprema de Justicia, actual Corte Nacional de Justicia, sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, publicada en la Gaceta Judicial 9, Serie 17 de 31 de mayo de 2002.
- Tribunal Constitucional de Ecuador, sentencia de 20 de octubre del 2008, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 451, de 22 de octubre de 2008.
- Tribunal Constitucional de España, sentencia constitucional de 17 de junio de 1981.
- Tribunal Constitucional de España, sentencia constitucional de 11 de julio de 1983.
- Tribunal Supremo Español, sentencia de 13 de julio de 1984.
- Tribunal Supremo Español, sentencia de 21 de noviembre de 1985.
- Tribunal Supremo Español, sentencia de 19 de mayo de 1987.